Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Chriſtian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Univerſität in Erlangen.

Sechszehnten Theils erſte Abtheilung.

Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm.

1814.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Lib. XVIII. Tit. I.

De contrahenda emtione et de pactis inter emtorem et venditorem compoſitis, et quae res venire non poſſunt.

§. 972.

Urſprung und Begriff des Kaufcontracts. Weſentliche Stücke deſſelben.

Der vierte Conſenſual-Contract iſt der Kauf, unſtreitig einer der älteſten Contracte [1]). Er leitet, ſagt Paulus *L.* 1. *pr. D. h. t.* [2]) ſeinen Urſprung vom Tauſche

1) S. *Franc.* DUARENUS ad h. Titulum Comm. in *Operib.* pag. 1017. ſqq. *Io.* D'AVEZAN Tr. de emtione et venditione. Lib. Contractuum II. Tract. 1. (in *Theſ. Meermann.* Tom. IV. p. 78. ſqq.) *Rob. Ioſ.* POTHIER Traité du contrat de vente. a *Paris 1768.* Nouv. edit. par Mr. BERNARDI. *Paris 1806.* gr. 8. und Ernſt Chriſt. Weſtphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht, Mieth- und Erbzinscontract. Leipzig 1789. 8.

2) Ueber die *L. 1. h. t.* haben vorzüglich commentirt *Iac.* CUJACIUS in Commentar. poſtum. ad Pauli libr. 33. ad Edictum. *Io. Fernand.* de RETES Opuſculor. Lib. VII. cap. 1. (*Theſ. Meerman.* Tom. VI. pag. 308. ſqq.) FERANDUS ADDUENSIS Explication. Lib. I. cap. 19. (in *Theſ. Otton.* Tom. II. pag.

ſche her. Denn Anfangs hatte man noch kein Geld [3]). Den Unterſchied zwiſchen Preis und Waare kante man damals noch nicht. Jeder tauſchte das, was er brauchte, gegen Etwas, was er für ſich entbehren konnte, nach Zeit und Umſtänden ein. Allein ein ſolcher bloßer Tauſchhandel fand nicht ſelten Schwierigkeiten. Demjenigen, welcher die Waare hatte, die man brauchte, war oft mit der Sache nichts gedient, die man ihm dagegen zum Tauſch anbot; oder er war der Sache, welche man von ihm verlangte, eben ſo wohl benöthiget. Es war auch oft ſehr ſchwer, über die Quantität und Qualität jeder Waaren ſich zu vergleichen. Um dieſen Schwierigkeiten abzuhelfen, kam man endlich auf die Erfindung, eine gewiſſe Materie, wozu man Metall wählte, zum allgemeinen Maasſtabe des Sachenwerths anzunehmen, und durch öffentlich beglaubigte Bezeichnungen in Umlauf zu ſetzen [4]). Ein ſolches geprägtes

pag. 526. ſqq.) *Emund.* MERILLIUS Obſervation. Lib. VIII. cap. 35. *Balth.* BRANCHU Obſervation. ad ius Rom. Dec. II. (*Lugd. Batav.* 1723. 8.) cap. 11 — 13.

3) Paulus ſagt: *Olim enim non* ITA *erat nummus.* Das heißt nullus omnino erat nummus. Es iſt dies keine ungewöhnliche Figur in den Fragmenten der römiſchen Rechtsgelehrten, daß ſie mehr zu ſagen ſcheinen, als ſie verſtanden wiſſen wollen. Man ſehe *Io. Vande* WATER Obſervation. iuris Rom. Lib. III. cap. 12. pag. 342. Allein POTHIER Pand. Iuſtin. h. t. Nr. I. not. a. hält das ITA für überflüßig.

4) Anfangs bediente man ſich blos des rohen Metalls, welches man im Handel und Verkehr einander zuwog. Man nannte dieſes aes grave. S. PERIZONII Diſſ. de aere gravi. Nachher erſt fing man an, das Metall zu prägen, und ihm Form und Werth zu geben. Bey den Griechen ſoll zuerſt Phido Argivus,

prägtes Metall nannte man νόμισμα, *nummus*, Münze, Geld; und da ſolches ſeinen Gebrauch nicht ſowohl durch die Materie erhält, woraus es beſteht, als vielmehr durch den ihm beygelegten öffentlichen Werth [5]); ſo war jetzt nicht nur der Verkäufer der Mühe überhoben, die Quantität und Qualität desjenigen, was ihm für ſeine Waare angeboten wurde, zu unterſuchen, ſondern man fand nun auch, da man das Geld zu einer Waare von allgemeiner Nutzbarkeit gemacht hatte, den geneigten Verkäufer bey

givus, bey den Römern aber der König Servius Tullius geprägtes Metall eingeführt haben. S. PLINIUS *Hiſt. Nat.* Lib. VII. c. 56. und Lib. XXXIII. c. 3 Zuerſt prägte man einen Ochſen oder ein Schaf, als das Kennzeichen des Werths, auf die Münze. Daher entſtand die Benennung *pecunia* von pecus. VARRO *de re ruſtica* Lib. II. circa init. Man ſehe auch BRANCHU Obſervat. Dec. II. Cap. 12.

5) Paulus ſagt: *Eaque materia forma publica percuſſa, uſum dominiumque non tam ex ſubſtantia praebet, quam ex quantitate.* Es iſt kein Grund vorhanden, hier von der Florentiniſchen Leſeart abzugehen, und mit Budäus und andern, ſtatt quantitate, *qualitate* zu leſen. Allen Zweifel hebt *L. 94. §. 1. D. de ſolut.* wo Papinian ſagt: in pecunia non corpora cogiter, ſed *quantitatem*. *Quantitas* heißt aber hier nicht ſowohl Summe oder Gewicht, wie es FERRANDUS c. l. pag. 527. erklärt, noch numerus, wovon *Iac.* CURTIUS Εἰκαςῶν Lib. III. cap. 23. (in *Th. Otton.* Tom. V. pag. 211.) das Wort *nummus* ableiten will, ſondern der durch öffentliches Anſehen dem Gelde für immer beygelegte Werth. S. *Marqu.* FREHER Παρεργῶν ſ. Veriſimilium Lib. I. cap. 14. (*Theſ. Ottonian.* Tom. I. pag. 879.) *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. III. cap. 12. nr. 2—4. und BRANCHU Obſervat. ad ius Rom. Dec. II. cap. 13.

jedem Schritte [6]). Seit dieſer Erfindung ward nun nicht mehr auf beyden Seiten dasjenige, was jeder Theil gab, Waare (merx) genannt; ſondern nun unterſchied man zwiſchen Waare und Preis, zwiſchen Käufer und Verkäufer; ſtatt daß bey dem bloßen Tauſchhandel jeder Theil gegenſeitig Käufer und Verkäufer war. Zwar ſtritten anfangs, auch noch nach Einführung des Geldes, die römiſchen Rechtsgelehrten immer noch darüber, ob nicht der Handel, wobey von keinem Theile baar Geld gegeben worden, dennoch ein Kauf zu nennen ſey? Sabinus und Caſſius wollten ihn für einen Kauf halten. Ihr Grund war, weil auch etwas Anderes, als Geld, in gemeinem Handel einen beſtimmten Werth haben könne. Sie bezogen ſich auch auf das Zeugniß des Homers. Allein man gab der Meinung des Nerva und Proculus den Vorzug, welche das Geſchäft richtiger, wie Paulus *L.* 1. § 1 *D. h. t.* lehrt, für einen Tauſch hielten. Nam ut aliud eſt vendere, aliud emere, alius emtor, alius venditor, ſic aliud eſt *pretium*, aliud *merx*: quod in permutatione diſcerni non poteſt, uter emtor, uter venditor ſit. Er bemerkt zugleich zur Widerlegung der entgegengeſetzten Meinung, daß Homer, deſſen Worte er anführt, nicht vom Kauf, ſondern vom Tauſche rede [7]). Seit Einführung des Geldes

6) S. ARISTOTELES πολιτικῶν Lib. I. cap. 6. und Joh. Ge. Büſch Abh. von dem Geldumlauf. 1. Th. 1. B. 1. Abſchn. §. 7.

7) Ueberhaupt war das ganze Berufen auf Homer vergeblich, weil nach Plinius *Hiſt. nat.* Lib. XXXIII. cap. 3. zu Homers Zeiten zwiſchen Tauſch und Kauf noch kein Unterſchied war. Mehrere Rechtsgelehrten haben dennoch in neuern Zeiten die

des ſind alſo Kauf und Tauſch zwey ganz verſchiedene Contracte, und es iſt nun kein Kauf anders denkbar, als wenn eine Sache gegen einen beſtimmten Geldpreis dem Andern überlaſſen wird. Eben dieſes beſtätiget auch **Juſtinian** §. 2. *I. h. t.* wo es heißt: Item pretium in numerata pecunia conſiſtere debet. Nam in caeteris rebus an pretium eſſe poſſet, valde quaerebatur: veluti an homo, aut fundus, aut toga alterius rei pretium eſſe poſſet? Et *Sabinus* et *Caſſius* etiam in alia re putabant pretium poſſe conſiſtere: unde illud eſt, quod vulgo dicebatur, permutatione rerum emtionem et venditionem contrahi: eamque ſpeciem emtionis et venditionis vetuſtiſſimam eſſe: argumentoque utebantur graeco poëta *Homero*, qui aliquam partem exercitus Achivorum vinum ſibi comparaſſe ait, permutatis quibusdam rebus. — Diverſae ſcholae auctores contra ſentiebant, aliudque eſſe exiſtimabant permutationem rerum, aliud emtionem et venditionem: alioqui non poſſe rem expediri, permutatis rebus, quae videatur res veniſſe, et quae pretii nomine data eſſe: nam utramque videri et veniſſe, et pretii nomine datam eſſe, rationem non pati. Sed *Proculi* ſententia, dicentis permutationem propriam eſſe ſpeciem contractus, a venditione ſeparatam, merito praevaluit; cum et ipſe aliis Homericis

die Meinung des Sabinus und Caſſius zu vertheidigen geſucht. Ich nenne den SALMASIUS de uſuris cap. 13. VINNIUS Commentar. ad §. 2. I. h. t. BRANCHU Obſervat. Decad. II. cap. 11. und *Ev.* OTTO in Comm. ad §. 2. I. h. t. nr. 3. Allein man ſehe dagegen *Gottfr.* MASCOVII Diatriba de Sectis Sabinianorum et Proculianorum in iure civ. Cap. IX. §. 3—5. und *Abr.* WIELING Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 4.

cis verſibus adjuvabatur, et validioribus rationibus argumentabatur: quod et anteriores divi Principes admiſerunt [8]), et in noſtris Digeſtis latius ſignificatur. Der Kauf, *emtio et venditio* [9]), oder Kaufcontract

8) Es wird hier unſtreitig die Verordnung der Kaiſer Diocletian und Maximian *L.* 7. *Cod. de rerum permutat.* gemeint.

9) In den ältern Geſetzen, namentlich den Geſetzen der 12. Tafeln, ward unter dem Wort *emtio* jede Art der Veräuſſerung begriffen, ſie mochte unter den Lebenden oder auf den Todesfall geſchehen ſeyn. So lehrt Pomponius *L.* 29. §. 1. *in fin. D. de Statuliberis.* Man ſehe auch *L.* 8. §. 11. *D. Quib. mod. pign. vel hyp. ſolvit.* Der Grund hiervon iſt, weil ſich die Alten faſt bey jeder Art einer Veräuſſerung der Feyerlichkeit der Mancipation bedienten, um ein dominium legitimum oder quiritarium zu erwerben. S. *Ev.* OTTO Commentar. ad Princ. I. h. t. Wenn aber CUJACIUS in Obſervation. Lib. IX. cap. 15. behauptet, daß auch ſogar die locatio et conductio unter jenem Ausdruck begriffen worden ſey, ſo läßt ſich dieſes aus den von ihm angeführten *L.* 19. *et* 20. *D. de action. emti et venditi* nicht erweiſen. Denn offenbar geht der Sinn dieſer Geſetzſtellen nur dahin, daß die Alten die Benennungen *emtio* und *venditio*, eben ſo wie die Benennungen *locatio* und *conductio*, als gleichbedeutend gebraucht, und mit einander verwechſelt haben. So haben ſie auch *Rad.* FORNERIUS Rer. Quotidianar. Lib. IV. cap. 9. (in *Theſ. Otton.* Tom. II. pag. 235.) *Ioſ.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. II. cap. 2. nr. 22. und *Ioſ.* FINESTRES in Hermogeniano ad L. 23. D. Locati §. 5. pag. 483. erklärt. Die Veränderung der Leſeart in der *L.* 20. *D. cit.*, wo Cujaz die Worte *Idem eſt* in *id eſt* verwandeln will, wenn ſie auch gleich von *Ian. a* COSTA in Comm. ad §. 3. I. de locat. et cond. gebilliget worden, iſt daher offenbar unnütz, und mit Recht von *Ant.* FABER

tract iſt nun alſo derjenige Conſenſualcontract, da Jemand einem Andern eine Sache für einen gewiſſen, in baarem Gelde beſtehenden Preis, zu übergeben verſpricht, ſo daß dieſer im ungeſtörten Beſitz derſelben bleiben ſoll. Daß immer ein wirkliches Eigenthum der Sache von dem Verkäufer auf den Käufer übertragen werde, iſt nicht weſentlich nothwendig [10]). Zwar geht das Eigenthum unſtreitig

BER in Rational. ad L. 20. D de act. E. et Vend. *Abr.* WIELING in Lection. iuris civ. Lib. I. cap. 10. pag. 36. und Weſtphal vom Kauf §. 8. S. 14. verworffen worden. Man ſehe übrigens *Andr. Flor.* RIVINI Diſp. de emtionis venditionis et alienationis natura ac differentia. *Ultrajecti 1726.* rec. *Lipſiae 1735.* §. 1—4.

10) Es haben dieſes ſchon längſt *Iac.* CUJACIUS Obſervat. Lib. XXIII. cap. 29. *Ger.* NOODT Probabil. Lib. II. cap. ult. *Ioſ. Fern. de* RETES Opuſculor. Lib. II. Sect. I. cap. 2. nr. 2. *Ioſ.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. IV. cap. 12. nr. 22. *Corn. van* BYNCKERSHOEK Obſervation. iuris Rom. Lib. VI. cap. 24. in fin. beſonders *Io. van* NECK Diſſ. ad L. ult. D. de condict. cauſa data cauſa non ſecuta. Cap. 2 (in *Ger.* OELRICHS *Theſ. novo Diſſertat. iuridicar. ſelectiſſ. in acad. Belgic. habitar.* Vol. II. Tom. II. pag. 394. ſqq.) und nach ihnen *Io. Chriſt.* MANN Comm. iuris civ. de obligatione auctorum intuitu evictionis imminentis. *Halae 1776.* 8. Cap. I. §. 6. und Gmelin und Elſäßer in den gemeinnützigen juriſt. Beobachtungen und Rechtsfällen 2. B. Nr. I. §. 1. ſo gründlich ausgeführt, daß man ſich billig wundern muß, wie dennoch Hellfeld mit ſeinem Vorgänger SCHAUMBURG in Compend. iuris Dig. h. t. §. 1. noch ſagen konnte: EMTIO VENDITIO eſt contractus conſenſualis *de dominio rei* pro certo pretio alteri tradendo, nachdem auch ſchon *Em.* MERILLIUS Obſervation. Lib. III. cap. 28. die offenbare Unrichtigkeit dieſes Begriffs, welcher eben ſo auch bey mehreren ältern Rechtsgelehrten vorkommt, ſo klar vor Au-

ſtreitig auch auf den Käufer über, wenn der Verkäufer Eigenthümer war, auch gilt der Vertrag nicht als ein Kauf, wenn verabredet worden, daß der Käufer nicht Eigenthümer werden ſolle [11]). Allein daraus folgt noch nicht, daß eine Uebertragung des Eigenthums zum Begriff und zur weſentlichen Gültigkeit des Kaufcontracts erfordert werde. Das Gegentheil lehrt Ulpian ganz deutlich, wenn er *L.* 25. §. 1. *D. h. t* ſagt: Qui vendidit, *neceſſe non habet, fundum emtoris facere*; und es iſt

für

Augen geſtellt hatte. Noch mehr aber muß man ſich wundern, wenn in der neueſten Schrift über dieſe Materie, Weſtphal vom Kauf §. 1. noch ſagt: der Kauf iſt derjenige Vertrag, da man einem Andern eine Sache eigenthümlich zu überlaſſen verſpricht, ſo daß dieſer dagegen einen beſtimmten in baarem Gelde beſtehenden Werth geloben muß; ja wenn in dem neueſten an ſich trefflichen Syſtem: Ius Romanum privatum idque purum, ſcripſit *Io. Chriſt. Frid.* MEISTER. Vol. I. *Züllichau* 1813. §. 517. gelehrt wird. *Emtio venditio* eſt contractus nominatus, conſenſualis, bonae fidei, *de dominio rei alicuius in alterum transferendo* pro certo, quod in pecunia numerata conſiſtit, pretio. Weit richtiger ſagen dagegen BÖHMER in Introd. in ius Dig. h. t. §. 1. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iur. Dig. h. t. §. 2. und *Iul. Frid.* MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. Sect. ult. §. 535. EMTIO VENDITIO eſt contractus conſenſualis, quo id agitur, *ut res ſ. merx pro certo pretio tradatur.* Hiermit ſtimmen auch *Iud. Thad.* ZAUNER Introd. in Dig. iuris civ. P. III. Lib. IV. Tit. 12. §. 1. Thibaut Syſtem des P. R. 2. B. §. 855. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 473. und GÜNTHER Princip. iur. Rom. priv. nov. T. II. §. 951. überein.

11) *L.* 80. §. *ult. D. h. t.* Nemo poteſt videri eam rem vendidiſſe, de cuius dominio id agitur, ne ad emtorem tranſeat: ſed hoc aut locatio eſt, aut aliud genus contractus.

für den Verkäufer ſchon genug, ſagt **Paulus**[12]), wenn er nur dem Käufer den Beſitz der verkauften Sache einräumt, und ihn auf den Evictionsfall ſchadlos hält, auch ſonſt ohne Betrug bey dem Contract gehandelt hat. Wird die Sache nicht evincirt, ſo iſt der Verkäufer weiter nicht verbunden. Daher gilt nicht nur ein Kauf über fremde Sachen, ſelbſt ohne Einwilligung des Eigenthümers, unter den Contrahenten[13]); ſondern ich kann zuweilen ſogar über meine eigene Sache einen gültigen Kauf ſchlieſſen, wenn mir nämlich blos daran gelegen iſt, den Beſitz zu erlangen, welcher dem Verkäufer daran zuſteht, um die Vortheile des Beſitzes zu genießen[14]), wovon weiter unten

12) *L. 1. pr. D. de rerum permutat.* Emtor, niſi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito. *Venditori ſufficit ob evictionem ſe obligare, poſſeſſionem tradere, et purgari dolo malo; itaque ſi evicta res non ſit, nihil debet.*

13) *L. 28. D. h. t.* Rem alienam diſtrahere quem poſſe, nulla dubitatio eſt: *nam emtio eſt et venditio*: ſed res emtori auferri poteſt. Hierdurch unterſcheidet ſich der Kauf vom Tauſchcontract. Paulus giebt ſelbſt dieſen Unterſchied an, wenn er *L. 1. §. 3. D. de rer. permutat.* ſagt: alienam rem dantem nullam contrahere permutationem. Zum Weſen des Tauſchcontracts gehört alſo Uebertragung des Eigenthums. *L. ult. D. de condict. cauſa data cauſa non ſecuta. L. 1. pr. D. de rer. permutat. L. 34. pr. D. de auro et arg. legato.* Anderer Meinung iſt zwar *Emund.* MERILLIUS Obſervation. Lib. II. cap. 13. allein ſein Diſpunctor, *Oſius* AURELIUS ad Merillium. Diſpunct. XXVIII. (in *Theſ. Otton.* Tom. III. pag. 765. ſq.) hat ihn hinlänglich widerlegt. Man ſehe auch *van* NECK Diſp. cit. ad L. ult. D. de condict. cauſa data cauſ. n. ſec. Cap. II. pag. 399. ſq.

14) *L. 34. §. 4. D. h. t.*

unten §. 975. zu handeln ſeyn wird. Das Weſen des Kaufs, als Conſenſualcontract betrachtet, beſteht alſo blos darin, daß der Verkäufer dem Käufer eine Sache gegen einen gewiſſen Preis übergeben, und dieſem dafür ſtehen ſoll, daß er die Sache haben und behalten dürfe. Für die Wahrheit dieſes Satzes bürgen uns noch folgende ganz unbezweifelte Geſetzſtellen.

L. 11 §. 2. *D. de act. emti et vend.* Et in primis ipſam rem praeſtare venditorem oportet, id eſt, *tradere*: quae res, ſiquidem dominus fuit venditor, facit et emtorem dominum: ſi non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat; ſi modo pretium eſt numeratum, aut eo nomine ſatisfactum. Emtor autem nummos venditoris facere cogitur.

L. 13. § 3. *D. de iureiur.* Si quis iuraverit, *vendidiſſe* me ei rem centum, *ex emto* agere poterit, ut ei caetera praeſtentur, id eſt, *res tradatur, et de evictione caveatur.*

L. 3. *pr. D. de act. emti et vend.* Ratio *poſſeſſionis*, quae a venditore fieri debeat, talis eſt, *ut ſi quis eam poſſeſſionem iure avocaverit, tradita poſſeſſio non intelligatur.*

L. 11. §. 13. *D. eodem.* Idem *Neratius* ait, venditorem *in re tradenda* debere praeſtare emtori, *ut in lite de poſſeſſione potior ſit.* Sed *Iulianus* libro XV. Digeſtorum probat, nec videri *traditum*, ſi ſuperior in poſſeſſione emtor futurus non ſit. Erit igitur *ex emto* actio, niſi hoc praeſtetur.

L. 30. §. 1. *D. eodem.* Si *ſciens* alienam rem *ignoranti mihi* vendideris, etiam, *priusquam evincatur*, utiliter

liter me *ex emto* acturum putavit in id, quanti mea interſit, meam eſſe factam. Quamvis enim alioquin verum ſit, venditorem hactenus teneri, *ut rem emtori habere liceat*, *non etiam*, UT EIUS FACIAT, quia tamen *dolum malum abeſſe* praeſtare debeat, teneri eum, *qui ſciens alienam*, *non ſuam ignoranti vendidit.*

L. 188. *D. de verb. Signif.* HABERE duobus modis dicitur, altero iure dominii, altero, *obtinere ſine interpellatione id, quod quis* EMERIT.

Man darf hier ja nicht überſehen, daß die römiſchen Geſetze zwiſchen *tradere* und *dare* einen ſehr genauen Unterſchied machen. Nur durch das letztere Wort bezeichnen ſie eine wirkliche Uebertragung des Eigenthums. *Dari* cuiquam id intelligitur, quod ita datur, *ut eius fiat*, ſagt **Juſtinian** §. 14. *I. de action.* und ganz dieſer Erklärung gemäß bemerkt **Ulpian** *L.* 75. §. *ult. D. de Verb. Oblig.* Haec ſtipulatio: *Fundum Tuſculanum dari*, oſtendit ſe certi eſſe: continetque, *ut dominium omnimodo efficiatur ſtipulatoris quoquo modo.* Das Wort *tradere* hingegen ſchließt nicht nothwendig eine Uebertragung des Eigenthums in ſich, ſondern nur Uebertragung des Beſitzes. So lehrt uns **Paulus** *L.* 28. *D. eodem.* Si rem *tradi* ſtipulamur, *non intelligimur proprietatem eius dari ſtipulatori*, *ſed tantum tradi.* Zwar hat es, wie auch in der oben angeführten *L.* 11. §. 2. *D. de act. E. et V.* ausdrücklich geſagt wird, an ſich ſeine Richtigkeit, daß durch die Uebergabe das Eigenthum auf den Käufer übertragen wird, wenn der Verkäufer ſelbſt Eigenthümer war; allein ein Jeder ſieht auch von ſelbſt ein, daß dieſes keine Wirkung des Kaufs, ſondern der Uebergabe iſt, wozu der

Ver-

Verkäufer nur allein verbunden war, und welche bekanntlich das Eigenthum giebt, wenn ſie von dem wahren Eigenthümer aus einer iuſta cauſa praecedens geſchieht[15]. Noch Eins darf ich nicht mit Stillſchweigen übergehen, daß die Geſetze eine bloße *venditio* von der *alienatio* unterſcheiden[16]; und unter dieſer im eigentlichen Sinn eine ſolche Handlung verſtehen, wodurch das Eigenthum cum ſua cauſa auf den Andern übertragen wird[17]. Sie ſagen es ausdrücklich, das Geſchäft könne doch ein Kauf ſeyn, wenn auch keine Veräußerung geſchehen iſt[18]. Daß durch den Kauf der Verkäufer nur zur Uebergabe der Sache, und zur Evictionsleiſtung verpflichtet werde, aber nicht zur Uebertragung des Eigenthums[19], iſt der dieſem Contract durch die Civilgeſetze beygelegten Natur ſo eigen, daß ſogar eine ausdrückliche Verabredung, daß das Eigenthum der Sache dem Käufer gegeben werden ſolle, die Gränzen des Kaufs überſchreiten, und in ein anderes Geſchäft übergehen würde[20]. So lehrt

15) *L. 31. D. de acquir. rer. dom.* §. 40. *I. de rer. diviſ.*

16) *L. 67. D. de Verb. Signif.* ALIENATUM non proprie dicitur, quod adhuc in dominio venditoris manet: VENDITUM tamen recte dicetur. Man ſehe über dieſe Stelle die oben angeführte Diſſ. des Rivinus de emtionis vendit. et alienationis natura et diff. §. 2—4.

17) *L. 67. D. h. t. L. 1. Cod. de fundo dot.*

18) *L. 67. D. de Verb. Signif.*

19) Eben dieſes giebt auch Weſtphal vom Kauf ꝛc. §. 72. und §. 164. ſelbſt zu. Den Grund hiervon unterſucht *Ulr.* HUBER in Eunomia Rom. ad L. 25. §. 1. D. h. t. §. 10. pag. 661. ſq.

20) S. Thibaut Syſt. des Pand. Rechts 2. B. §. 855. Sehr gründlich hat dieſes ausgeführt *Io. van* NECK in Diſſ. cit. Cap.

lehrt uns wenigſtens Celſus *L. ult. D. de condict. cauſa data cauſa non ſec.* wenn er ſagt: Dedi tibi pecuniam, *ut mihi Stichum dares.* Utrum id contractus genus *pro portione emtionis et venditionis* eſt? an nulla hic alia obligatio eſt, quam ob rem dati re non ſecuta? In quod proclivior ſum: et ideo, ſi mortuus eſt Stichus, repetere poſſum: quod ideo tibi dedi, *ut mihi Stichum dares.*

Die weſentlichen Stücke eines Kaufs ſind alſo 1) Einwilligung der Contrahenten. *L.* 1. §. *ult. D. h. t.* Eſt autem *emtio* iuris gentium, et ideo *conſenſu peragitur.* 2) Eine Sache, welche vermöge dieſes Contracts dem Käufer übergeben werden ſoll. *L.* 8. *pr. D. h. t.* Nec emtio nec venditio *ſine re*, *quae veneat*, poteſt intelligi. Man pflegt dieſen Gegenſtand gewöhnlich durch das Wort *merx* oder Waare zu bezeichnen. Allein dieſer Ausdruck erſchöpft den Gegenſtand nicht. *Mercis* enim appellatio, ſagt Ulpian *L.* 66. *D. de verb. Signif.* ad res *mobiles* tantum pertinet. Es können aber auch ſowohl unbewegliche, als unkörperliche Sachen ein Gegenſtand dieſes Contracts ſeyn [21]. 3) Ein beſtimmter

Cap. II. pag. 396. ſq. Anderer Meinung iſt jedoch Hufeland im Lehrbuch des Civilrechts. §. 473. not. b. S. 190.

21) Dieſem ſind *L. 1. pr. D. h. t.* und *L. 1. pr. D. de rer. permutat.* nicht entgegen. Denn hier wollte Paulus nur den Unterſchied zwiſchen Kauf und Tauſch erklären; und dazu ſchienen ihm die Ausdrücke merx und pretium die ſchicklichſten zu ſeyn. S. Rivinus Diſſ. cit. de emtionis venditionis et alienationis natura ac differ. §. 6.

ter oder beſtimmbarer Preis [22]). §. 1. *I. b. t.* Nam nulla emtio *ſine pretio* eſſe poteſt. Sed et *certum* eſſe *pretium* debet. Sind dieſe drey weſentlichen Stücke vorhanden, ſo iſt der Kauf vollkommen, oder geſchloſſen, emtio eſt *perfecta.* Emtio et venditio contrahitur, ſagt Juſtinian *Pr. I. b. t.* ſimul atque de pretio convenerit: quamvis nondum pretium numeratum ſit, ac ne arrha quidem data fuerit. Von dieſer Vollkommenheit des Contracts hångt die verbindende Kraft deſſelben unter den Partheyen ab, ſo daß nun kein Theil, ohne Zuſtimmung des andern, wenn gleich es auch der Fiscus ſelbſt wåre, wieder abzutreten befugt iſt, geſetzt auch, daß der Zurücktretende das gegebene Angeld (arrha) [23]) zurücklaſſen, oder das erhaltene doppelt zurückgeben wollte.

L. 3. Cod. de reſc. vendit. De contractu venditionis et emtionis *iure perfecto*, alterutro invito, *nullo recedi tempore bona fides patitur:* nec ex reſcripto noſtro. Quo iure fiſcum noſtrum uti, ſaepe conſtitutum eſt.

L. 6. Cod. eodem. Non eſt probabilis cauſa, propter quam reſcindi conſenſu factam venditionem deſideras. Quamvis enim duplum offeras pretium emtori, tamen invitus ad reſcindendam venditionem urgeri non debet.

Dieſe rechtliche Wirkung des Kaufs tritt ein, wenn auch die Einwilligung noch von der Exiſtenz einer ſuſpenſiven

22) *I. 7. §. 1. et 2. L. 37. D. b. t.* S. Thibaut Syſtem des P. R. 2. B. § 855.

23) Von der *arrha* wird § 982. mit mehrerem gehandelt.

ſiven Bedingung [24]), oder die individuelle Beſtimmung des Objects noch von einer Zuzählung oder Zumeſſung abhangen ſollte [25]). Ein Anders iſt es, wenn die Sache vor der Uebergabe ganz zu Grunde geht, und nun die Frage iſt, wer die Gefahr trägt. Hier muß freylich der Kauf unbedingt geſchloſſen, und auf eine ſolche Art zu Stande gekommen ſeyn, daß nicht nur der Preis, ſondern auch der Gegenſtand des Contracts ſelbſt in Anſehung des zu übergebenden Individuums vollkommen beſtimmt iſt [26]). Man unterſcheide alſo ja die Perfection des Kaufs, welche die Wirkung der Uebertragung der Gefahr und mit derſelben auch alles Nutzens der verkauften Sache auf den Käufer hat, von derjenigen Vollkommenheit des Contracts, von welcher blos die verbindende Kraft deſſelben abhängt [27]). Nur von der letztern iſt hier die Rede, von der erſtern wird Lib. XVIII. Tit. 6 ausführlicher gehandelt. Von der Perfection des Kaufs muß aber auf jeden Fall die Erfüllung deſſelben unterſchieden werden [28]), von welcher weiter unten §. 988. die Rede ſeyn wird.

§. 973.

24) *L. 6. §. 2. D. h. t. L. 5. Cod. de obligat. et action.* S. BRÜSSEL de conditionibus Lib. II. Tit. 1. nr. 1.

25) *L. 35. §. 5. D. h. t.* S. *Io.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 24.

26) *L. 8. pr. D. de periculo et commodo rei venditae.* S. Weber zu Höpfners Commentar über die Inſtitutionen. §. 872. Not. 1. S. 928.

27) Weſtphal vom Kauf §. 568. hat auch dieſen Unterſchied ſehr genau angegeben.

28) In den Geſetzen wird jedoch der Ausdruck venditio *perfecta* zuweilen auch für impleta genommen. *L. 5. Cod. de reſc. vendit.* S. Weſtphal vom Kauf §. 774. a. E.

§. 973.

I. Einwilligung der Contrahenten. Betrug. Irrthum. Zwang. In wiefern vernichten ſie den Kauf?

Das erſte weſentliche Erforderniß des Kaufcontracts iſt alſo die Einwilligung der Contrahenten. Wo dieſe ſich nicht rechtlich annehmen läßt, da iſt der Kauf nichtig [29]). Betrug, Irrthum und Zwang, insofern ſie einen Vertrag überhaupt ungültig machen, ſtehen daher auch der Gültigkeit des Kaufs entgegen. Es muß nur I. der Betrug ein Hauptbetrug (dolus cauſam dans) ſeyn [30]). Ein bloßer Nebenbetrug (dolus incidens), wodurch nicht der Handel ſelbſt veranlaßt worden iſt, macht den Contract nicht ungültig, ſondern begründet nur ein Recht, Entſchädigung zu fordern [31]). Ueberhaupt finden hier die in der Lehre von Verträgen [32]) vorgetragenen Grundſätze ihre vollkommene Anwendung. Eben ſo iſt II. ein Kaufhandel nichtig, bey welchem ein weſentlicher Irrthum zum Grunde liegt. Dahin gehört 1) wenn der Irrthum den Gegenſtand des Kaufs betrift, und beyde Theile entweder einen andern Gegenſtand gemeint haben [33]), oder ſich in Abſicht auf die Exiſtenz der Sache [34]), oder in Anſehung einer Eigenſchaft derſelben, welche ſie als weſentlich vorausſetzten, z. B. in der Materie der Sa-

che

29) *L. 9. pr. D. h. t.*

30) *L. 7. pr. D. de dolo malo. L. 5. C. de reſcind. vendit.*

31) *L. 32. L. 49. pr. D. de act. E. et V.*

32) S. den 4. Th. dieſes Commentars §. 296.

33) *L. 9. pr. D. h. t.*

34) *L. 57. pr. D. h. t.*

che geirrt haben [35]). 2) Betrifft der Irrthum den Preis der Sache, ſo iſt der Handel nur dann für nichtig zu erklären, wenn der Verkäufer einen höhern Preis gemeint hat, als der Käufer ihm bot. Denn ſo wenig man den Käufer zwingen kann, die Sache theuerer zu kaufen, als er wollte, eben ſo wenig kann auch der Verkäufer gezwungen werden, ſie wohlfeiler zu verkaufen, als es ſeine Abſicht war [36]). Hätte hingegen der Verkäufer geglaubt, der Käufer biete ihm weniger, als er wirklich thut, und er hätte ihm für den angenommenen Preis die Sache überlaſſen, ſo iſt der Handel an ſich nicht ungültig, ſondern der Käufer braucht hier nur dem Verkäufer nicht mehr zu bezahlen, als dieſer gemeint hat [37]). Dieß lehrt ſchon die Vernunft. Denn warum ſollte hier der Handel nichtig ſeyn, da der Verkäufer erhält, was er verlangte, und der Käufer, der die gröſſere Summe bewilligte, auch gewiß in die kleinere eingewilliget hat? Eben dieſes bringt

35) *L. 9. §. 2. D. h. t.* S. *Ulr.* HUBER Eunom. Rom. ad L. 14. D. h. t. pag. 653. ſqq. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. und den 4. Th. dieſes Commentars §. 297.

36) Wenn *L. 9. pr. D. h. t.* ſagt, Si diſſentient *in pretio, emtio imperfecta* eſt, ſo iſt dieſes aus *L. 52. D. Locati* näher zu beſtimmen, wo Pomponius ſagt: Si *decem* tibi locem fundum, tu autem exiſtimes, *quinque* te conducere, *nihil agitur.* Daß dieſe Stelle hier anwendbar ſey, leidet keinen Zweifel. Locatio enim et conductio, ſagt Juſtinian *Pr. I. de locat et cond.* proxima eſt emtioni et venditioni, *iisdemque iuris regulis conſiſtit.* S. Ant. Fried. Thibaut Verſuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 2. B. 4. Abth. Nr. I. S. 112.

37) *L. cit. 52. D. Loc.* Sed et ſi ego minoris me locare ſenſero, tu pluris te conducere, utique *non pluris erit conductio, quam quanti ego putavi.* S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5.

bringt auch die Rechtsanalogie mit ſich. Denn es iſt ein ausgemachter Grundſatz, daß wenn der Acceptant weniger acceptirt, als ihm offerirt iſt, der Vertrag in ſo weit, als beyde conſentirt haben, gültig iſt [38]. 3) Der Kauf iſt nichtig, wenn beyde Theile nicht in der Abſicht, einen Kaufhandel abzuſchließen, übereinſtimmten. Si *in ipſa emtione* diſſentient, emtio imperfecta eſt [39]. 4) Iſt ein Irrthum in den Beweggründen begangen, ſo vernichtet er nur dann den Contract, a) wenn der Beweggrund zugleich die Bedingung war, unter welcher der Käufer hauptſächlich den Handel ſchloß; und es kommt dann auch nichts darauf an, der Verkäufer mag gewußt haben, daß das Bedungene, was den Käufer zur Schließung des Handels bewog, exiſtire, oder nicht [40]. b) Wenn der Verkäufer in dem Glauben war, er ſey zum Verkauf der Sache rechtlich verpflichtet geweſen [41]. Sonſt gilt die Regel, daß ein Irrthum in den Bewegungsgründen einen abgeſchloſſenen Handel nicht vernichte, man mag ein Intereſſe bey der Ungültigkeit haben, oder nicht [42]. 5) Auch ein Irrthum in der Perſon [43] hat auf die Gültigkeit

38) *L. 1. §. 4. D. de Verb. obligat.* S. Thibaut a. a. O. S. 113.

39) *L. 9. pr. D. h. t.*

40) *L. 58. D. h. t.*

41) *L. 5. §. 1. D. eodem.*

42) *L. 65. §. 2. D. de condict. indeb. L. 14. pr. D. h. t. L. 49. D. Mandati.* S. Thibaut angef. Verſuche 2. B. 4. Abh. Nr. II. S. 114. ff. und Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. Band §. 429.

43) S. *Gottl. Ger.* TITIUS Obſervat. ratiocin. in Compend. iur. Lauterbach. Obſ. 513. und Thibaut a. a. O. Nr. III. S. 121. ff.

tigkeit des Kaufs ſo wenig Einfluß, als ein Irrthum in dem Namen des Objects. Denn er ſchließt die Einwilligung in den Gegenſtand ſelbſt nicht aus [44]). Eben dieſes gilt 6) wenn ſich die Partheyen bloß in der Güte, aber nicht in der Art der Materie, oder blos in Anſehung der Quantität des Objects geirrt haben [45]). Es laſſen ſich jedoch hier folgende Fälle gedenken.

A. Der Verkäufer hat gegen den erhaltenen Preis aus Irrthum mehr weggegeben, als er ſollte. Hier kann er das Zuvielgegebene mit der condictio indebiti zurückfordern, ſofern der Käufer das Zuvielerhaltene nicht als Theil eines Ganzen mitgekauft hatte, und eine theilweiſe Zurückgabe möglich iſt. Dies iſt der Fall, wenn bey einem Getraidehandel aus Verſehen ein größeres Maas zum Ausmeſſen genommen ward, als nach welchem der Handel abgeſchloſſen worden [46]). Hat hingegen der Käufer das Ganze gekauft, und dieſes mehrere Quantitäten enthält, als die Contrahenten glaubten, oder iſt eine theilweiſe Zurückgabe nicht möglich, ſo muß der Käufer für das Zuvielerhaltene noch ſo viel nachzahlen, als der Preis dafür beträgt [47]). Z. B. A kauft vom B einen Acker, beyde ſetzen voraus, er enthalte nur 18 Morgen, und beſtimmen darnach den Preis. Es findet ſich aber nach-

44) *L. 9. §. 1. D. h. t. L. 43. pr. D. de acquir. vel amitt. poſſeſſione.*

45) *L. 10. D. h. t. L. 2. pr. L. 4. §. 1. D. de act. E. et Vend.* S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 6. et 7.

46) *L. 18. §. 3. D. de dolo malo. L. 32. D. de act. emti venditi.*

47) *L. 40. §. 2. D. h. t.*

nachher bey der Ausmeſſung, daß er 20 Morgen enthält. Hier muß der Käufer, ſagt Paulus [48]), für 20 Morgen den Preis bezahlen. Oder A verkauft dem B eine Quantität Wein, beyde ſetzten ausdrücklich voraus, er ſey von einer ſchlechtern Art, als er wirklich iſt. Hier findet keine theilweiſe Zurückforderung Statt, ſondern der Preis muß verhältnißmäßig erhöhet werden [49]).

B. Der Käufer hat von der erhandelten Sache gegen den bezahlten Preis zu wenig an Maas oder Güte erhalten. Hier zahlt er entweder ſoviel weniger, als der Abgang an der Waare beträgt [50]), oder er kann durch die Contractsklage das Zuvielbezahlte zurückfordern, oder auch, wenn er wegen der aus Verſehen zum Ausmeſſen genommenen leichtern Gewichte zu wenig Waare erhielt, auf Nachſchuß des Abgangs klagen [51]).

Iſt der Irrthum nur einſeitig, das heißt, wenn nur einer von beyden Contrahenten irrt, der andere aber den Irrthum deſſelben kennt; ſo kommt es darauf an, welcher

48) Cit. *L. 40. §. 2. h. t.* Qui agrum vendebat, dixit, *fundi iugera decem et octo eſſe*, et quod eius admenſum erit, ad ſingula iugera certum pretium ſtipulatus erat. *Viginti* inventa ſunt. *Pro viginti debere pecuniam reſpondit.*

49) S. Thibaut angef Verſuche a. a. O. Nr. IV. S. 129. ff.

50) *L. 69. §. 6. D. de evict. L. 57. pr. D. h. t.*

51) *L. 4. §. 1. L. 32. L. 42. in fin. D. de act. E. V.* S. GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviſſ. Tom. II. §. 933. pag. 625.

cher von beyden Theilen ſich in dem Irrthume befindet[52]). Hier ſind folgende Fälle zu unterſcheiden.

1) Nur der Verkäufer irrt, der Käufer nicht. Dieſer kennt die wahre Beſchaffenheit der Sache, und weiß es, daß der Verkäufer ſich irrt. Hier kann des Käufers Wiſſenſchaft nicht ſchlechterdings für einen Dolus gehalten werden; ſondern es kommt hier auf folgenden Unterſchied an.

a) Dem Käufer war bekannt, daß die Sache entweder gar nicht, oder nicht im Weſentlichen, oder nicht ſo gut, als ſie ſeyn ſollte, exiſtire, der Verkäufer hingegen denkt, daß ſie es ſey. Hier iſt der Contract an ſich nicht ungültig. Der Käufer iſt verbunden, dem Contract gemäß, den verſprochenen Kaufpreis zu bezahlen, und kann ſolchen, wenn er bezahlt iſt, nicht zurückfordern, **Paulus** ſagt ganz entſcheidend *L.* 57. §. 2. *D. h. t.* Ubi *emtor* quidem ſciebat, (ſc. domum eſſe exuſtam) *venditor* autem ignorabat; et hic oportet et *venditionem ſtare*, et *omne pretium ab emtore venditori*, ſi non depenſum eſt, *ſolvi:* vel ſi ſolutum ſit, *non repeti.* **Anton Faber**[53]) und **Gerhard Noodt**[54]) wollen jedoch dieſe Stelle für interpolirt halten. Daß der Käufer, welcher wiſſentlich eine Sache kaufte, die nicht exiſtirt, das Kaufgeld, was er dem unwiſſenden Verkäufer dafür bereits

52) Die von mir in der Lehre von Verträgen Th. IV. §. 298. u. 299. vorgetragenen Grundſätze ſind hier nach **Thibaut** a. a. O. Nr. V. S. 136. ff. berichtiget.

53) Conjecturar. iuris civ. Lib. XII. cap. 17. pag. 398. et Rational. in Pand. ad h. L.

54) De forma emendandi doli mali cap. 11.

bereits bezahlt hat, nicht zurückfordern könne, laſſe ſich allenfalls rechtfertigen. Denn man kann hier ſagen, der Käufer habe wiſſentlich eine Nichtſchuld bezahlt [55]). Er kann ſich wenigſtens hier über keinen Dolus des Verkäufers beklagen, ſondern er hat durch ſeine Wiſſenſchaft nur ſich allein geſchadet [56]). Aber das ſey mit der Rechtsanalogie durchaus nicht zu vereinigen, daß der Käufer, blos um ſeiner Wiſſenſchaft willen, ſchuldig ſeyn ſolle, das ganze Kaufgeld zu bezahlen. Am wenigſten könne dieſes der große **Paulus** behauptet haben, welcher an einem andern Ort, wegen der Wiſſenſchaft des Käufers, zwar den unwiſſenden Verkäufer von ſeiner Verbindlichkeit freyſpricht, aber ihm die Klage auf die Bezahlung des Kaufgeldes ausdrücklich verſagt. Si emtor ſolus ſcit, ſagt er *L.* 34. §. 3. *D. h. t.* non obligabitur venditor: nec tamen ex vendito quidquam conſequitur, niſi ultro, quod convenerit, praeſtet. Man müſſe alſo nicht anders glauben, als daß ein der Rechte ganz unkundiger Menſch jene Worte der *L.* 57. *D. h. t.* eingeſchaltet habe. Andere [57]) gehen zwar ſo weit nicht; ſie glauben aber doch, der Käufer könne ſich, wenn die Sache gar nicht, oder nicht im Weſentlichen exiſtirt, gegen die Klage des Verkäufers durch die exceptio non adimpleti contractus ſchützen. Ja es laſſe ſich nicht einmal nach den

55) *L.* 53. *D. de div. reg. iuris.*

56) *L.* 1. *in fin.* D. *de act. emti vend.*

57) **Weſtphals** Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf §. 56. S. 58. **Thibaut** Verſuche a. a. O. Nr. V. S. 137. und GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviſſ. Tom. II. §. 933. pag. 626.

den Regeln der Billigkeit rechtfertigen, daß der Käufer den ſchon bezahlten Kaufpreis ganz verliehren ſolle. Denn man müſſe billig annehmen, der Käufer habe gedacht, der Verkäufer müſſe den abgegangenen Theil wieder herſtellen, und ihm ſolchergeſtalt die Sache vollſtändig liefern, wenn er dafür den ganzen Werth erhalte. Geſchieht nun ſolches nicht, ſo müſſe wenigſtens der Richter den Preis nach der jetzigen Beſchaffenheit derſelben mindern. So ſey alſo **Paulus**, durch Milderung des ſtrengen Rechts nach der Billigkeit, mit ſich ſelbſt zu vereinigen. Allein ſo wenig ſich mit **Faber** und **Noodt** eine Interpolation des Textes in der *L.* 57. *D. h. t.* annehmen läßt, wie auch ſchon **Juſtus Meier** [58]) bemerkt hat; eben ſo wenig, ja faſt noch weniger verdient die Anſicht der andern Rechtsgelehrten Beyfall, da ſie den deutlichen Worten des Geſetzes widerſpricht, und die *L.* 34 § 3. *D. h. t.* von einem ganz andern Falle redet. Es iſt doch wohl gewiß ein großer Unterſchied, ob die gekaufte Sache gar nicht mehr exiſtirt, oder zwar exiſtirt, aber eine geſtohlne Sache iſt. Denn iſt das Erſtere, ſo kann wohl ſchwerlich der Käufer dem Verkäufer die exceptio non adimpleti contractus entgegenſetzen, wenn er ſelbſt ſchon zur Zeit des geſchloſſenen Contracts wußte, daß der Verkäufer ſeine Verbindlichkeit nicht erfüllen könne. Unmöglichkeit hebt ja die Verpflichtung zur Erfüllung auf [59]). Man muß alſo hier annehmen, der Käufer habe dem Verkäufer ſeine Verbindlichkeit erlaſſen, und ſich blos mit der noch vorhandenen Brandſtätte, (area) als welche bekann-

ter-

58) Ενδοξων Iuſtinian. Decad. VI. cap. 7. §. 6.

59) *L.* 185. *D. de div. reg. iuris.*

termaßen für einen Theil des Hauſes gehalten wird [60]), begnügen, oder auch nur dieſe kaufen wollen, um das Haus auf den ihm vielleicht gerade nach ſeiner Abſicht vorzüglich bequemen Platz wieder aufzubauen [61]). Ganz anders verhält es ſich hingegen in dem Falle, da eine geſtohlne Sache verkauft worden, und nur dem Käufer dieſer Umſtand allein bekannt war. Hier iſt keine Unmöglichkeit vorhanden, die Sache dem Käufer zu tradiren. Es würde alſo gegen die bona fides ſtreiten, wenn der Verkäufer auf die Bezahlung des Kaufgeldes klagen wollte, ohne die Sache dem Käufer übergeben zu haben [62]). **Paulus** giebt dieſes auch ſelbſt in den Worten der oben angeführten *L.* 34 §. 3. *D. h. t.* nicht undeutlich zu erkennen, wenn er ſagt: Nec tamen ex vendito quidquam conſequetur, *niſi ultro*, *quod convenerit*, *praeſtet*, d. i. wie dieſe letztern Worte **Pothier** [63]) ganz richtig erklärt, niſi praeſtet rem venditam.

b) Dem Käufer iſt bekannt, daß die Sache weit beſſer, oder eine ganz andere ſey, als der Verkäufer dachte. Hier iſt zwar der Käufer in dolo, jedoch iſt das Geſchäft des-

60) *L. 98. §. ult. D. de ſolut.* — Pars enim inſulae area eſt.

61) S. *Iuſt.* MEIER Ευδοξων Iuſtin. Decad. VI. cap. 7. §. 4. und in Colleg. iur. Argentorat. Tom. I. h. t. §. 71. *Ge.* FRANTZKIUS Comm. in Pand. h. t. nr. 109. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 21. *Iul. Frid.* MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. ult. §. 536. in fin. und Gottl. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 1. B. §. 428. not. a. S. 166.

62) *L. 11. §. 18. D. de act. E. V. Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 34. §. 3. D. h. t.

63) Pand. Iuſt. Tom. I. h. t. Nr. XVI. not. c. pag. 490.

deswegen nicht ſchlechterdings ungültig, ſondern es kommt darauf an, ob der Irrthum des Verkäufers von der Art iſt, daß er für einen weſentlichen gehalten werden muß, oder nicht. In dem erſten Falle iſt der Contract ſchon des Irrthums wegen nichtig, und braucht nicht erſt des Betrugs wegen angefochten zu werden [64]). In dem letztern Falle aber hat der Verkäufer die Wahl, ob er auf Nachzahlung klagen, oder die Sache zurückfordern, oder wegen des Dolus des Käufers den Contract anfechten, oder auch ſonſt, den Umſtänden nach, auf Entſchädigung klagen wolle [65]).

2) Nicht der Verkäufer iſt im Irrthum, ſondern der Käufer. Hier ſind folgende Fälle zu unterſcheiden.

a) Der Verkäufer weiß, daß er dem Käufer eine der Qualität nach beſſere Sache, als dieſer denkt, verkauft habe. Hier iſt der Contract gültig, und der Käufer kann für ſein Geld die Sache fordern, weil ſich hier an der Einwilligung des Käufers wohl nicht zweifeln läßt [66]). Wenn hingegen der Verkäufer dem Käufer eine ganz andere, wiewohl beſſere Sache, verkauft hätte, als der Käufer dachte, ſo wäre der Contract ungültig, weil ſich hier wegen der Verſchiedenheit des Objects keine Einwilligung annehmen läßt [67]).

b) Der

64) S. *de* COCCEJI ius civ. controv. Lib. IV. Tit. 3. Qu. 2. princ.

65) S. Thibaut Verſuche 2. B. S. 137. f. und GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviſſ. Tom. II. §. 933. pag. 626.

66) Thibaut a. a. O. S. 139.

67) *L. 83. §. 1. D. de V. Obl.*

b) Der Verkäufer weiß, daß er dem Käufer eine Sache verkauft habe, die nicht mehr exiſtirt, oder der Qualität nach ſchlechter iſt, als dieſer dachte. Iſt hier der Irrthum des Käufers ein weſentlicher, ſo iſt das Geſchäft nichtig [68]). Jedoch kann der Käufer mit der actio doli auf Leiſtung des Intereſſe klagen [69]). Iſt hingegen der Irrthum nicht weſentlich, ſo kann der Käufer zwar den Kauf ſelbſt nicht anfechten, aber doch auf Schadenserſatz klagen [70]). Es wird jedoch überall vorausgeſetzt, daß der Irrthum, in welchem ſich der eine oder der andere Theil befindet, nicht durch eine grobe Nachläßigkeit verſchuldet ſey [71]).

III. Auch Niemand kann in der Regel zum Kauf oder Verkauf gezwungen werden [72]). Ein erzwungener Kauf iſt, wie jeder andere auf ſolche Art veranlaßte Vertrag, ungültig [73]). Es finden jedoch Ausnahmen von dieſer

68) *L. 57. §. 1. D. h. t.* Sin autem *venditor* quidem *ſciebat*, domum eſſe exuſtam, *emtor* autem *ignorabat*, nullam venditionem ſtare, ſi tota domus ante venditionem exuſta ſit.

69) *L. 62 §. 1. D. h. t.*

70) *L. 57. §. 1. D. h. t.* Si vero quantacunque pars aedificii remaneat, et ſtare venditionem, et venditorem emtori, quod intereſt, reſtituere.

71) *L. 15. §. 1. D. de contrah. emt. L. 6. D. de iuris et facti ignor. L. 9 §. 2. D. eodem. L. 15. Cod. de reſc. vendit.*

72) *L. 9. D. de act. rer. amotar. L. 11.* et *L. 13. et 14. Cod. h. t. L. 16. Cod. de iure delib. L. 9. Cod. de Iudaeis. L. 71. D. h. t.*

73) *L. 1. Cod. de reſcind. vendit. L. ult. Cod. de his, quae vi metusve cauſa.*

ſer Regel Statt [74]. 1) Zuweilen kann Privatwillkühr, eine Nothwendigkeit zum Kauf oder Verkauf begründen. Dahin gehört a) wenn Jemand durch Vertrag eine gewiſſe Sache zu kaufen oder an einen Andern zu verkaufen ſich verbindlich gemacht hat. (Pactum de emendo vel vendendo). Ein ſolcher Vertrag iſt gültig, er muß aber von dem Kauf ſelbſt wohl unterſchieden werden [75]. b) Wenn der Erblaſſer dem Erben anbefohlen hat, einen Dritten etwas aus ſeinem Nachlaß zu verkaufen, oder einem Dritten eine gewiſſe Sache, welche dieſer gern loß ſeyn wollte, abzukaufen [76]. 2) Zuweilen können Gründe des gemeinen Wohls einen Zwang rechtfertigen. So können Unterthanen zur Zeit einer entſtandenen Theurung, und Hungersnoth von der Obrigkeit gezwungen werden, ihren Getraidevorrath, ſoweit er ihnen entbehrlich iſt, um einen billigen Preis zu verkaufen [77]. Eben ſo können Unter-

74) S. *Conr. Wilb.* STRECKER Diſſ. de venditione neceſſaria. *Erford. 1729. Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 3.

75) *L. 75. D. h. t. L. 21. §. 5. D. de act. E. V. L. 122. §. 3. D. de Verb. Obligat. L. 2. C. de pact. int. emtor. et vend.* S. *Ioſ.* FINESTRES Hermogenianus pag. 449. ſqq. *Io. Iac. de* LIER Diſſ. pactum praeparatorium actionem producens et non producens. *Altorfii 1716.* §. 10. *Aug. Gottl.* PETERMANN Diſſ. de valore pactorum, quibus praeparantur contractus. *Lipſiae 1730.* §. 23. et §. 27. GÜNTHER Princip. iuris Rom. T. II. §. 957. nr. I. und Höpfner im Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen. §. 859.

76) *L. 49. §. 8. et 9. L. 66. D. de legat. I.*

77) *L. 2. Cod. Ut nemini liceat in emtione ſpecier. ſe excuſare.* ZIEGLER de iure Majeſt. Lib. I. cap. 46. MYNSINGER Cent. V. Obſ. 27. und Höpfner im Commentar §. 865.

Unterthanen vom Staat genöthiget werden, leere Plätze, oder auch Feldgüter, wenn es die Nothwendigkeit erfordert, zur Anlegung einer Chaussée, oder eines Gottesackers zu verkaufen [78]. 3) Zuweilen können noch andere Gründe eintreten, daß Jemand zum Verkauf vermöge beſonderer geſetzlicher Verordnungen genöthiget werden kann. Dahin gehörte bey den Römern der Fall, wenn eine Herr ſeinen Sklaven gemißhandelt hatte. Ein ſolcher Herr konnte nach einer Verordnung des Kaiſers **Antoninus Pius** genöthiget werden, den Sklaven unter guten Bedingungen zu verkaufen [79]. Eben ſo kann nach einer Verordnung der Kaiſer **Sever** und **Antonin** der Eigenthümer gezwungen werden, einem Andern einen Weg über ſein Grundſtück zu verkaufen, um zu ſeiner Grabſtätte gelangen zu können [80]. Nicht minder kann ein Pfandgläubiger von dem Bürgen des Hauptſchuldners, der gegen Befriedigung eines ältern Pfandgläubigers das Pfand an ſich gebracht hat, mit Recht verlangen, daß er ihm gegen Erſtattung deſſen, was er dafür bezahlt hat, das Pfand verkaufe [81]. Ich übergehe andere noch in den Geſetzen hin und wieder vorkommende Fälle [82].

§. 974.

78) *L. 14. §. 1. D. Quemadm. ſervit. amitt. Ge. Lud.* BÖHMER Princip. iuris canon. §. 603.

79) §. 2. *I. de his, qui ſui vel alieni iuris ſunt. L. 2. D. eod.*

80) *L. 12. pr. D. de religioſ.* S. den 9. Th. dieſes Commentars §. 628.

81) *L. 2. D. de diſtr. pignor.*

82) *L. 7. pr. D. de relig. §. ult. I. de donat. L. 30. D. de lib. cauſa. L. 13. §. 17. D. de act. E. V. L. 17. D. de fideiuſſor.* S. *Iac.* CUJACIUS Obſervat. Lib. XXVII. cap. 9.

VOET

§. 974.

Form des Kaufcontracts.

Zur gültigen Schließung eines Kaufs iſt ſchon die bloße Erklärung der Einwilligung hinreichend. Dieſe Einwilligung kann auch nicht nur ausdrücklich, ſondern auch ſtillſchweigend dadurch erklärt werden, wenn Jemand ohne Widerſpruch geſchehen läßt, daß ein Anderer in ſeiner Gegenwart eine ihm zugehörige Sache verkauft, und dann das Kaufgeld annimmt [83]). Es wird auch nicht einmal die perſönliche Gegenwart der Contrahenten erfordert, ſondern es kann auch durch Briefe und Bothen der Contract ſo gut abgeſchloſſen werden, als wenn die Partheyen gegenwärtig wären [84]). Eben ſo wenig wird ein ſchriftlicher Aufſatz erfordert [85]), wofern nicht die Partheyen gleich Anfangs mit einander übereingekommen ſind, den Contract ſchriftlich zu ſchließen [86]). In dieſem Falle iſt der Con-

VOET Comm. h. t. §. 3. und HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. T. III. §. 1897.

83) *L. 12. D. de evict.* — Si coheredes praeſentes adfuerunt, nec diſſenſerunt, videri unumquemque partem ſuam vendidiſſe.

84) *L. 9. Cod. Si quis alteri vel ſibi.* S. Weſtphal vom Kauf. §. 12.

85) *L. 2. §. 1. D. h. t. §. 1. I. de obligat. ex conſenſu.*

86) S. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 1. und Kleins merkwürdige Rechtsſprüche der Halliſchen Juriſten-Facultät. 3. Th. Nr. XI. S. 181. Ein ſolcher Kauf wird *emtio in ſcriptis celebrata* genennt. Es wird zwar dazu nicht immer ein ausdrücklicher Vertrag erfordert, daß die Partheyen nicht eher, als nach ſchriftlich vollzogenem Contract, verpflichtet ſeyn wollen. S. EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. †. et not. o. jedoch

Contract nicht eher verbindlich, als wenn er niedergeſchrieben, und von den Parthéyen unterſchrieben worden iſt. Es kann jedoch auch ein Notarius den Aufſatz ausfertigen, und den Parthéyen einhändigen. So lange es dann an einer ſolchen ſchriftlichen Ausfertigung fehlt, findet zwar noch Reue Statt, iſt indeſſen ein Angeld gegeben worden, ſo verliert der Geber daſſelbe, wenn er nachher von dem Vertrage abgeht [87]). Jedoch iſt auch ein Angeld,

jedoch iſt im Zweifel eher zu vermuthen, daß der Contract blos des Beweiſes wegen zu Papier gebracht worden ſey, als daß die Parthéyen gerade ſchriftlich haben contrahiren wollen. *L. 4. D. de fide inſtrum.* Die Praxis erfordert indeſſen eine ausdrückliche Verabredung. S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCLXXII. medit. 1. et 2. und *a* PUFENDORF Obſervation. iuris univ. Tom. II. Obſ. 52 Von der darüber zwiſchen Wilhelm Leyſer und Samuel Stryk entſtandenen Controvers ſiehe *Car. Frid.* WALCH Introduct. in controv. iuris civ. Sect. III. cap I. §. 2.

87) *Pr. I. h. t.* In iis autem (emtionibus et venditionibus) *quae ſcriptura conficiuntur*, non aliter perfectam eſſe venditionem conſtituimus, niſi et inſtrumenta emtionis fuerint conſcripta. vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem ſcripta, a contrahentibus autem ſubſcripta; et ſi per tabellionem fiunt, niſi et completiones acceperint, et fuerint partibus abſoluta. Donec enim aliquid deeſt ex his, et poenitentiae locus eſt, et poteſt emtor vel venditor ſine poena recedere ab emtione et venditione. Ita tamen impune eis recedere concedimus, niſi iam arrharum nomine aliquid fuerit datum. Es liegt hierbey die Verordnung der *L. 17. Cod. de fide inſtrumentor.* zum Grunde. Daß ſchon vor Juſtinian die Verabredung, den Kauf ſchriftlich zu ſchlieſſen, nicht ungewöhnlich geweſen ſey, erhellet aus *L. 2. §. 1. D. h. t.* Viele wollen zwar

geld, (arrha) zur Gültigkeit des Contracts nicht erforderlich. Zuweilen werden aber doch gewiſſe Feyerlichkeiten beym Verkauf erfordert. Dies iſt z. B. der Fall beym Verkauf der Mündelgüter, der Kirchengüter, der Stadtgüter, auch der verpfändeten Sachen, wovon Hommel[88]) ausführlich gehandelt hat. Wird eine Sache öffentlich ausgeboten und dem Meiſtbietenden überlaſſen, ſo wird ein ſolcher Kauf ein öffentlicher genennt, und dieſer heißt Subhaſtation, wenn unbewegliche, Auction aber, wenn bewegliche Sachen auf dieſe Art verkauft werden[89]).

§ 975.

II. Sachen, welche verkauft werden können, und welche kein Gegenſtand des Kaufs ſind.

Das zweyte weſentliche Erforderniß des Kaufs betrift den Gegenſtand. Hier gilt der Grundſatz. Alle und jede Sachen, welche auf einen andern übertragen werden können[90]), ſie mögen körperliche oder unkörperliche,

zwar die Worte *ſine ſcriptis* für ein Emblem halten. Man ſehe *Ulr.* HUBER Eunom. Rom. ad L. 2. h. t. und *Io. Iac.* WISSENBACHII Emblemata Triboniani ad h L. Allein ohne hinlänglichen Grund, wie *Io.* D'AVEZAN Libro Contractuum alt. Tr. I. (in *Theſ. Meerm.* T IV. pag. 82) und *Io.* WYBO de Triboniano ab emblematib. Wiſſenbachii liberato. Cap. III. §. 9. gezeigt haben.

88) Diſſ. de ſolemnibus venditionum. *Lipſiae 1737.*

89) S. Joh. Ge. Eſtors Anfangsgründe des gemeinen und Reichs-Prozeſſes 1. Th. §. 1828. ff und §. 1881. ff. und HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1900.

90) *L. 34. §. 1. D. h. t.* Omnium rerum, quas quis habere, vel poſſidere, vel perſequi poteſt, venditio recte fit. Quas vero natura, vel gentium ius, vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio eſt.

che [91]), bewegliche oder unbewegliche, gegenwärtige oder zukünftige [92]) ſeyn, können zum Gegenſtand dieſes Contracts gemacht werden. Es kann auch ein der Exiſtenz nach ungewiſſer, oder der Quantität nach unbeſtimmter künftiger Gewinn den Gegenſtand des Contracts ausmachen, welches man eine *emtio ſpei* im allgemeinen Sinn nennt. Hier laſſen ſich zwey Fälle gedenken. Es wird entweder 1) auf eine ſolche Art contrahirt, daß das Kaufgeld auf jeden Fall gegeben werden ſoll, der erwartete Gegenſtand möge zur Wirklichkeit kommen, oder nicht. Dies heißt *emtio ſpei ſimplicis*. Oder 2) der Contract wird auf eine ſolche Art geſchloſſen, daß das bedungene Kaufgeld nur dann gegeben werden ſoll, wenn der erwartete Gegenſtand wenigſtens zum Theil zur Wirklichkeit kommt. Hier wird der Contract *emtio rei ſperatae* genennt. Ein Kauf der erſten Art wird im Zweifel bey ſolchen Objecten angenommen, deren Gewinn von einem ungewiſſen Glückszufall abhängt. Z. B. wenn man ein Lotterieloos, oder einen Fiſchzug, oder einen Vogelfang kauft. Hier iſt und bleibt der Kauf gültig, die Hoffnung falle aus, wie ſie wolle. Ein Kauf der letztern Art aber wird im zweifel bey ſolchen Sachen angenommen, deren Wirklichwerden ſich nach dem gewöhnlichen Lauf der Natur erwarten läßt, wie z. B. bey

91) Z. B. ausſtehende Forderungen, Erbſchaften, Servituten. S. *Tit. 4. de hereditate vel act. vendita*, und *L. 8. §. 2. D. de peric. et comm. rei vendit. L. 11. §. 2. L. 12. D. de pignor.*

92) Es iſt daher unſtreitig ein Kauf, wenn ich bey einem Handwerker für ein beſtimmtes Geld eine Arbeit beſtelle, ſo daß er das Werk ohne meine Zuthat blos auf ſeine Koſten machen ſoll. *§. 4. I. de locat. L. 20. L. 65. D. b. t. L. 2. §. 1. D. Locati.* S. Weſtphal vom Kauf §. 7.

bey dem Kaufe künftiger Früchte. Hier iſt der Kauf bedingt, er gilt alſo nicht, wenn ohne verantwortliche Schuld des Verkäufers Nichts gewachſen iſt. Die hierher gehörigen Stellen *L.* 8. *pr. et* §. 1. *D. de contrah. emt. vendit.* *L.* 11. §. *ult. D. de act. E. et V.* ſind an einem andern Orte, (in der Lehre von Verträgen) erklärt worden [93]). Daß jedoch auch über ſolche Sachen, bey welchen ſonſt eine emtio rei ſperatae angenommen wird, auch eine emtio ſpei ſimplicis geſchloſſen; ja in beyden Fällen, wo ſonſt eine emtio ſpei gewöhnlich iſt, der Contract auch auf eine ſolche Art eingegangen werden könne, daß der Käufer nur nach Verhältniß deſſen, was er künftig von dem gehoften Gegenſtande wirklich erhalten wird, das Kaufgeld zu zahlen verſpricht, iſt gleichfalls ſchon oben [94]) bemerkt worden. In dieſem letztern Falle iſt der Kauf über eine künftige Sache von dem Verkauf einer gegenwärtigen Sache in nichts unterſchieden.

Wenn über eine fremde Sache ein Kauf geſchloſſen worden iſt, ſo laſſen ſich folgende Fälle gedenken. I. Es iſt mit Einwilligung des Eigenthümers geſchehen. Hier iſt der Kauf auch in Anſehung des Eigenthümers gültig. II. Ohne Einwilligung des Eigenthümers. Dann ſtand entweder A. dem Verkäufer ein dingliches Recht an der Sache zu, welches ihn zur Veräußerung berechtigte, z. B. ein Pfandrecht. Auch hier iſt der Verkauf in Anſehung des Eigenthümers gültig.

93) S. den 4. Theil dieſes Commentars §. 303. S. 193.

94) S. den 4. Th. S. 197. f.

tig [95]). B. Es ſtand ihm kein ſolches Recht an der Sache zu. Dann iſt der Kauf entweder 1) bedingt, und blos auf den Fall geſchloſſen worden, wenn der Verkäufer Eigenthümer werden würde. Hier hängt die Gültigkeit des Kaufs von der Exiſtenz der Bedingung ab. Tritt dieſe ein, ſo muß der Kauf erfüllet werden [96]). Oder 2) unbedingt. Hier iſt entweder a) die Frage von der Gültigkeit des Kaufs auf Seiten des Eigenthümers. Dieſem kann der ohne ſeine Einwilligung geſchehene Verkauf ſeiner Sache zu keinem Nachtheil gereichen, ſondern ihm ſteht, wofern er den Verkauf nicht noch nachher genehmiget, das Recht zu, ſeine Sache zu vindiciren [97]). Es muß nur geſchehen, ehe der Käufer die Sache uſucapirt hat [98]). Iſt jedoch der Eigenthümer des Verkäufers Erbe geworden, ſo muß er den Kauf halten [99]). Oder es iſt b) die Frage, von der Gültigkeit des Kaufs unter den Contrahenten. Hier ſind drey Fälle zu unterſcheiden.

I. Bey-

95) Hat jedoch der Eigenthümer das Pfand dem Gläubiger ſelbſt gegeben, ſo geſchieht die Veräuſſerung im Falle ausbleibender Bezahlung der Schuld mit deſſelben Einwilligung. §. 1. *I. Quib. alienare licet vel non.*

96) *L. 46. D. de act. emti et vend.*

97) *L. 28. D. h. t.* Verb. *Sed res emtori auferri poteſt. L. 1. 5. et 6. Cod. de reb. alien. non alienand. L. 3. C. de rei vindicat.* S. *Ulr.* HUBER Eunomia Rom. ad L. 28. D. h. t, pag. 664.

98) *L. 1. Cod. de commun. rer. alienat.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 14.

99) *L. 5. Cod. de reb. alien. non alienand. L. 14. Cod. de rei vindicat.*

I. Beyde Theile haben gewußt, daß die Sache eine fremde ſey. Dann waren entweder 1) beyde in bona fide. Z. B. der Verkäufer glaubte dem Eigenthümer durch den Verkauf ſeiner Sache einen Gefallen zu erzeigen; der Käufer hingegen glaubte, der Verkäufer habe von dem Eigenthümer einen Auftrag erhalten. Hier iſt der Kauf unter den Contrahenten gültig [100]). Oder 2) in mala fide. Z. B. beyde Theile wußten, daß die Sache geſtohlen ſey, oder wenigſtens die Veräußerung ohne des Eigenthümers Wiſſen und Willen geſchehe. Hier iſt der Kauf auch ſelbſt unter den Contrahenten, und zwar auf beyden Seiten verbindlich [1]). Denn es tritt hier die Regel ein, dolus inter utramque partem compenſatur [2]).

II. Keiner von beyden Theilen wußte, daß die Sache eine fremde ſey. Hier gilt der Handel unter den Contrahenten, wenn auch die Sache eine geſtohlne ſeyn ſollte [3]). Der Verkäufer muß die Sache dem Käufer tradiren, und kann auch das Kaufgeld fordern. Er muß aber auch den Käufer entſchädigen, wenn der Eigenthümer die Sache evincirt. Ja er muß ſogar, gleich einem

100) *L. 25. §. 1. L. 28. D. h. t.* S. FRANTZKIUS Comm. in Pand. h. t. nr. 151 HUBER Eunom. Rom. ad L. 28. D. h. t. pag. 664. Weſtphal vom Kauf §. 72. und Höpfner Commentar über die Inſtitutionen §. 866. u. 867.

1) *L. 34. §. 3. D. h. t.*

2) *L. 57. §. 3. in fine D. h. t.*

3) Arg. *L. 70. D. h. t.* verglichen mit *L. 34. §. 2. et 3. D. eod.*

Verkäufer ſeiner eigenen Sache, dafür ſtehen, daß die Sache nicht fehlerhaft ſey [4]).

III. Nur einem von beyden Theilen war allein der Umſtand bekannt, daß die Sache eine fremde ſey. Dann iſt dieſer entweder a) in bona fide. Hier iſt der Kauf gültig. Oder b) in mala fide. Dann iſt es entweder 1) der Verkäufer. Dieſer iſt zwar dem Käufer verbindlich, die Sache zu tradiren, wenn ihm das Kaufgeld bezahlt worden iſt [5]). Er muß auch dem Käufer die Eviction leiſten. Ja es iſt dem letztern in dieſem Falle erlaubt, gegen den Verkäufer auch noch vor erfolgter Entwährung mit der actio emti auf das Intereſſe zu klagen [6]). Allein hat der Käufer das Kaufgeld noch nicht bezahlt, ſo kann es der Verkäufer rechtlich nicht fordern, weil ihm die exceptio imminentis evictionis entgegenſteht, wofern nicht derſelbe wegen der Entwährung dem Käufer hinlängliche Sicherheit leiſtet [7]). 2) Der Käufer iſt derjenige Contrahent, welcher in mala fide ſich befindet. Hier iſt ihm der Verkäufer zu nichts verbunden. Der Käufer kann daher ſo wenig auf die Uebergabe der Sache klagen, als im Falle der Entwährung Entſchädigung fordern. Allein der Verkäufer kann auch das Kaufgeld nicht verlangen, wenn er dem Käufer die Sa-
che

4) *L. 11. §. 7. 8. et 9. D. de action. E. et V.* Weſtphal vom Kauf §. 76.

5) *L. 34. §. 3. D. h. t.*

6) *L. 30. §. 1. D. de act. E. et V.* Weſtphal vom Kauf §. 254.

7) *L. 18. §. 1. D. de peric. et comm. rei vend.* S. *Io. Nic.* HERTII Diſſ. de conventionibus dominii translativis. §. 28. (in *Opuſcul.* Vol. I. Tom. III. pag. 88.)

che nicht übergeben hat, weil ihm hier die exceptio non adimpleti contractus entgegen ſteht [8]). Iſt hingegen die Sache dem Käufer ſchon übergeben, ſo kann der Verkäufer mit Recht das Kaufgeld fordern, weil dem Käufer die Einrede der zu leiſtenden Eviction in dieſem Falle nicht zu ſtatten kommt [9]).

Es giebt nun auch Sachen, welche **kein Gegenſtand des Kaufs** ſind. Der Grund hiervon kann

A) in der **Natur der Sache** ſelbſt liegen. Dahin gehört

1) wenn die Sache zur Zeit des geſchloſſenen Kaufs gar nicht mehr exiſtirte. Hier iſt der ganze Kauf nichtig, weil es demſelben an einem weſentlichen Erforderniß mangelt [10]). Der Verkäufer muß alſo dem Käufer das ſchon bezahlte Kaufgeld wieder herausgeben, wenn beyde Theile es nicht wußten, daß die Sache nicht mehr exiſtire [11]); eine weitere Entſchädigung kann der Käufer freylich nicht verlangen, wenn er nicht beweiſen kann, daß der Verkäufer Wiſſenſchaft davon gehabt habe, daß die Sache ſchon zur

8) *L. 34. §. 3. D. h. t.*

9) S. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 15. und **Weſtphal** vom Kauf. §. 77. a. E.

10) *L. 15. pr. D. h. t.* Etſi conſenſum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem eſſe deſierit, nulla emtio eſt.

11) *L. 57. pr. D. h. t.* Domum emi: cum eam et ego et venditor combuſtam ignoraremus: *Nerva*, *Sabinus*, *Caſſius*, nihil veniſſe, quamvis area maneat, pecuniamque ſolutam condici poſſe, aiunt.

zur Zeit des geſchloſſenen Contracts nicht mehr vorhanden geweſen ſey. Hätte es der Käufer gewußt, der Verkäufer aber nicht, ſo muß es ſich erſter ſelbſt zuſchreiben, wenn er keine Entſchädigung bekommt; und das Kaufgeld muß er dennoch bezahlen [12]). Wußten es beyde Theile, daß die Sache nicht mehr exiſtire, ſo iſt der Contract nichtig, und es hat, wegen der compenſatio doli inter utramque partem, kein Theil gegen den andern eine Klage [13]).

Iſt nur ein Theil der Sache nicht mehr vorhanden, ſo iſt ein Unterſchied zu machen, ob mehr als die Hälfte der Sache, oder wenigſtens derjenige Theil derſelben fehlt, worauf die Abſicht des Käufers hauptſächlich gerichtet war, oder nur die Hälfte, oder wenigſtens der geringere Theil. In dem erſten Falle iſt der Handel ebenfalls ungültig, und der Käufer kann das bereits bezahlte Kaufgeld zurückfordern [14]). In dem letztern Falle iſt und bleibt

12) *L. 57. §. 2. D. h. t.*

13) *L. cit. 57. §. 3. D. eodem.*

14) *L. ead. 57. pr. D. h. t.* Sed ſi pars domus maneret, *Neratius* ait, hanc quaeſtionem multum intereſſe, quanta pars domus incendio conſumta permaneat: ut, ſiquidem amplior domus pars exuſta eſt, non compellatur emtor perficere emtionem, ſed etiam, quod forte ſolutum ab eo eſt, repetet. So lieſet die Florentiniſche Ausgabe der Pandecten. Allein mehrere Rechtsgelehrten halten dieſe Leſeart für fehlerhaft. Für *hanc quaeſtionem* leſen daher Haloander und Baudoza in hac quaeſtione. Statt *incendio conſumta* lieſet IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pand. pag. 135. in fin. incendio *non* conſumta. Haloander und Baudoza incendio *conſumtae.* Für *non compellatur* haben beyde non *tantum* compellatur. Hotomann aber lieſet Lib. I. Amicabil. Reſponſ. c. 20. *Non tantum*

bleibt zwar der Kauf gültig, jedoch iſt der Preis nach der ſich findenden Verminderung der Sache herabzuſetzen [15]).

2) Wenn der Käufer ſchon Eigenthümer der Sache iſt, über welche der Handel geſchloſſen worden. Hier ſagt *L.* 16. *D. h. t.* Suae rei emtio non valet; und eben ſo *L.* 4. *et L.* 10. *Cod. eodem.* Rei propriae non conſiſtit emtio. Der Kauf iſt hier ungültig, der Käufer mag

tantum non compellatur. Allein ſchon *Iac.* CUJACIUS Obſervation. Lib. XIV. cap. 11. hat mit Recht dagegen erinnert, daß alle dieſe Aenderungen theils unnöthig, theils auch darum verwerflich ſind, weil ſie, wie z. B. die Leſeart *non tantum compellatur*, den wahren Sinn entſtellen. Man ſehe auch *Ioſ.* NERIUS Analector. Lib. II. cap. 13. (in *Theſ. iuris Rom. Otton.* Tom. II. pag. 412.) IAUCH de Negationib. Pandect. Florent. Cap. V. §. 15. et Cap. XIV. §. 6. und Weſtphal vom Kauf §. 56. S. 57. Noch gehört hierher *L.* 58. *D. h. t.* wo Papinian ſagt: Arboribus quoque vento deiectis, vel abſumtis igne, dictum eſt, emtionem fundi non videri eſſe contractam, *ſi contemplatione illarum arborum* (veluti oliveti) *fundus comparabatur*: ſive ſciente ſive ignorante venditore. Sive autem emtor ſciebat vel ignorabat, vel uterque eorum, haec obtinent, quae in ſuperioribus caſibus pro aedibus dicta ſunt. Da beyde Stellen nicht von eben demſelben Rechtsgelehrten ſind, ſo iſt es ſehr wahrſcheinlich, daß die letztern Worte *Sive autem emtor — dicta ſunt*, interpolirt ſind. S. *Ulr.* HUBERI Eunom. Rom. ad h. L. p. 676. *Ger.* NOODT de forma emendandi doli mali cap. 11. und *Ev.* OTTO Papinianus Cap. 17. §. 3.

15) *L.* 57. *pr. cit.* Sin vero vel dimidia pars, vel minor, quam dimidia exuſta fuerit, tunc coarctandus eſt emtor venditionem adimplere, aeſtimatione viri boni arbitratu habito, ut quod ex pretio propter incendium decreſcere fuerit inventum, ab huius praeſtatione *liberetur*.

mag gewußt haben, daß er ſeine Sache kaufe, oder nicht. Nur in dem Falle, da das Kaufgeld ſchon bezahlt iſt, würde dieſer Unterſchied in ſoweit in Betrachtung kommen, daß der Käufer, welcher unwiſſend ſeine Sache gekauft hat, das Kaufgeld wieder zurückfordern kann; welche Klage hingegen dem wiſſentlichen Käufer ſeiner Sache billig zu verſagen iſt [16]. Jedoch giebt es Fälle, wo man auch über ſeine eigene Sache einen gültigen Kauf ſchließen kann. Dahin gehört, a) wenn dem Eigenthümer ſeiner Sache blos daran gelegen iſt, den Beſitz, welcher dem Verkäufer daran zuſteht, von dieſem käuflich an ſich zu bringen. Hier macht der Beſitz den Gegenſtand des Kaufs aus, und dieſer gehörte vorher freylich dem Käufer nicht. Von dieſem Falle handelt *L.* 34. *§.* 4. *D. h. t.* wo **Paulus** ſagt: Rei ſuae emtio tunc valet, cum ab initio agatur, *ut poſſeſſionem emat*, *quam forte venditor habuit*, et in iudicio poſſeſſionis potior eſſet. Die letztern Worte verſteht **Anton Faber** [17]) von dem Verkäufer. Er erfordert daher zur Gültigkeit eines ſolchen Kaufs zweyerley α) daß gleich Anfangs die Abſicht des Käufers blos auf den Beſitz der Sache gerichtet, und β) der Verkäufer auch ein gerechter Beſitzer ſey, welchem das Recht zu Interdicten zuſtehe. Allein man kann ſie auch mit **D'Avezan** [18]) ganz wohl von dem Käufer verſtehen, nämlich in dem Sinn, damit dieſer hierdurch in den Stand geſetzt werde, ſich wegen der Sache mit Wirkung eines Inter-

16) *L. 16. pr. D. h. t. L. 53. D. de reg. iur.* POTHIER Pand. Iuſtin. h. t. Nr. XIX. not. n.

17) Rational. in Pand. ad L. 34. §. 4. D. h. t.

18) Libro Contract. II. Tract. 1. §. Atque ex adverſo. pag. 84.

Interdicts bedienen zu können. Dieſe Erklärung hat auch die Haloandriſche Leſeart: UT *in iudicio poſſeſſionis potior eſſet*, für ſich, welcher **Heinrich Brenkmann** in dem Gebaueriſchen Corpus Rom [19]) den Vorzug giebt. b) Wenn der Käufer gegenwärtig nur ein widerrufliches Eigenthum hat, und er ſucht ſich durch den Kauf ein unwiderrufliches Eigenthum zu verſchaffen [20]). Der Grund der Verkaufsunfähigkeit kann

II. in einem Verbote liegen, und dieſes kann entweder

A) in einer Verordnung der Geſetze gegründet ſeyn. Die Gründe dieſes Verbots können ſeyn a) weil manche Sachen überhaupt, ihrer Beſtimmung und beſondern Eigenſchaft wegen, kein Gegenſtand des Handels und Verkehrs ſeyn können oder ſollen. Die Geſetze rechnen dahin 1) res divini iuris, z. B. res ſacrae, res religioſae [21]). Daß ſolche Sachen nach den Grundſätzen des heutigen Kirchenrechts unter gewiſſen Bedingungen verkauft werden können, iſt ſchon an einem andern Orte [22]) vorgekommen. Ferner 2) Sachen, die dem Staate gehören, wenn ſie beſonders zum gemeinen Gebrauche beſtimmt ſind. Denn inſofern ſie zum Patrimonium des Staats gehören, ſind ſie des Verkaufs nicht unfähig [23]). Nicht minder 3) öffentliche

19) Ad h. L. not. 26. pag. 308.

20) *L. 61. D. h. t. L. 29. D. de act. E. et V. L. 4. Cod. h. t.* S. *Ger.* NOODT Comm. ad Pand. h. t. §. *Demonſtratis.* pag. 396. und Weſtphal vom Kauf §. 80. ff.

21) *§. 5. I. h. t. L. 4. D. eodem. L. 73. pr. D. eodem.*

22) S. den 2. Th. dieſes Commentars §. 168.

23) *L. 6. pr. D. h. t.* Celſus filius ait, — te emere non poſſe, — ſacra et religioſa loca, aut quorum commercium non ſit, ut *publi-*

liche Aemter. Dergleichen Amtserſchleichung iſt ein Verbrechen, welches bey weltlichen Aemtern *crimen ambitus*, bey den geiſtlichen aber *crimen Simoniae* genennet wird [24]). Auch 4) Gifte, ſofern ſie nicht wenigſtens durch Zuſatz einer andern Materie von Nutzen seyn können [25]). Heutzutage kommt es auf die wegen des Verkaufs der Gifte in jedem Lande vorhandenen beſonderen Verordnungen an. b) Zuweilen können Zeitumſtände ein geſetzliches Veräuſſerungsverbot veranlaſſen. So z. B. verbieten die Geſetze Sachen, welche im Prozeß befangen ſind, während des Pro-

publica, quae non *in pecunia populi*, ſed *in publico uſu habentur*, ut eſt Campus Martius. S. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Putemus* pag. 394 und Weſtphal vom Kauf §. 90.

24) *L. 6. Cod. ad L. Iul. repetundar. L. 16. Cod. Si certum petat. L. 6. Cod. de aſſeſſorib. Nov. 6. cap. 1. Nov. 8. pr. et cap. 7. Nov. 30. c. 6. Nov. 35. et 53. Nov. 86. cap. 3. in fin. Tot. Tit. D. et Cod. ad L. Iul. de ambitu. L. 31. Cod. de Epiſc. et Cleric. Cap. 12. et 34. X. de Simonia.* S. *Alb.* WILLEBRAND Diſſ. de venditionibus officiorum. *Roſtochii 1693.* Bey den Römern gab es jedoch auch käufliche Bedienungen, welche erblich waren (militiae) und ſelbſt ein Gegenſtand des Pfandrechts werden konnten. *L. ult. Cod. de pignor. Nov. LIII. cap. 5.* S. Weſtphals Pfandrecht §. 40. Not. 62. S. 96. ff. Dahin gehörten z. B. die militiae Silentiariorum. Adiutorum Quaeſtoris palatii, und die officia domeſticorum. S. *Franc.* CONNANUS Commentarior. iuris civ. Lib. IV. cap. 15. CUJACIUS Comm. ad L. ult. Cod. de pignor. PEREZ Praelect. in Cod. Lib. XII. Tit. 17. de domeſticis. nr. 2. et 3. und WILLEBRAND cit. Diſſ. Cap. I. §. 12.

25) *L. 35. §. 2. D. h. t.* Veneni mali quidam putant non contrahi emtionem, — quae ſententia poteſt ſane vera videri de his, quae nullo modo, adjectione alterius materiae, uſu nobis eſſe

Prozeſſes an einem Dritten zu veräußern [26]). So können ferner zur Zeit eines Getraidemangels Policeygeſetze alle Kornausfuhr verbieten. c) Zuweilen können beſondere Verhältniſſe unter gewiſſen Perſonen die Urſache des geſetzlichen Veräußerungsverbots ſeyn. So z. B. verbieten die Geſetze dem Ehemann liegende Dotalgüter ſeiner Ehefrau, und dem Vater die bona adventitia ſeiner Kinder zu veräußern [27]). Endlich d) unterſagen die Geſetze auch zuweilen die Veräußerung gewiſſer Sachen nur inſofern, als ſie nicht auf die geſetzlich vorgeſchriebene Art geſchieht, wie z. B. die Veräußerung der Güter der Pupillen und Minderjährigen [28]), der Kirchen, der Patrimonialgüter des Landesherrn [29]) u. ſ. w. Hierher gehört auch, daß nach der Verordnung der teutſchen Reichsgeſetze [30]) der Verkauf der Früchte auf dem Halm (venditio fructuum in herbis) nicht anders erlaubt ſeyn ſoll, als um den Preis, den die Früchte entweder zur Zeit des Contracts, oder in den nächſten vierzehn Tagen nach der künftigen Erndte haben.

eſſe poſſunt. S. Weſtphal vom Kauf §. 106. und Danz Handbuch des teutſchen Privatrechts. 2. Band §. 191. S. 175.

26) *L. 2. L. ult. Cod. de litigioſis.*

27) *L. 4. D. de fundo dotali. L. un. §. 15. Cod. de rei uxor. act. L. 1. et 2. C. de bonis maternis. L. 8. §. 5. C. de bonis quae liberis.*

28) *L. 1. D. de reb. eorum, qui ſub tut. vel cura ſunt.* et *tot. Tit. Cod. de praediis et aliis rebus minor. ſine decreto non alienandis.* (V. 71.)

29) *L. 39. §. ult. D. de legatis I.*

30) Reichs-Policey-Ordn. vom J. 1548. Tit. 19. und vom J. 1577. Tit. 19.

ben [31]). Uebrigens war noch bey den Römern, ohne eine beſondere kaiſerliche Erlaubniß, der Handel mit Purpur und Seide [32]), ſo wie auch der Handel mit Verſchnittenen [33]) verboten, welches aber h. z. T. wegfällt.

Iſt nun eine ſolche Sache, deren Veräußerung die Geſetze verbieten, dennoch dem Verbot zuwider verkauft worden, ſo iſt der Kauf nichtig [34]). Der Verkäufer kann daher

31) Dieſe letztere Verfahrungsart iſt h. z. T. die gewöhnliche, und verdient allerdings vor der erſten den Vorzug. S. Danz Handbuch des heutigen deutſchen Privatrechts 2. Band §. 191. und *Io. Gottl.* HEINECCII Diſſ. de venditione illicita fructuum in herbis. *Halae 1738.*

32) *L. 1. et 2. Cod. Quae res venire non poſſ.* Purpur und Seide war nur den röm. Kaiſern zu tragen erlaubt, oder denen, welchen ſie es erlaubten. Daher durfte auch Niemand Handel damit treiben, als der Comes commerciorum. S. *Iac.* CUJACIUS Obſervation. Lib. XII. cap. 24. PANCIROLLUS Rerum memorabil. Lib. I. Tit. 1. et 2. und Weſtphal vom Kauf §. 107. u. 108.

33) *L. 1. et 2. Cod. de Eunuch.* Weſtphal a. a. O. §. 109.

34) *L. 6. C. de pactis. L. 34. §. 1. D. h. t.* Rerum, quas natura, vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt, *earum nulla venditio eſt.* — *L. 22. D. eodem.* Hanc legem venditionis: *Si quid ſacri vel religioſi eſt, eius venit nihil,* ſupervacuam non eſſe, ſed ad modica loca pertinere. Caeterum ſi omne religioſum, vel ſacrum, vel publicum venierit: *nullam eſſe emtionem.* Befinden ſich alſo bey einer verkauften Hauptſache, die an ſich des Verkaufs nicht unfähig iſt, Sachen, die für ſich nicht im Verkehr ſind, ſo iſt deswegen der Kauf nicht ungültig. Der Verkäufer muß allenfalls dem Käufer deshalb die Eviction leiſten, *L. 24. D. h. t.* wofern ſich nicht etwa Erſterer durch die hier im Geſetz angeführte Clauſel gegen den Regreß des Käufers gedeckt hat. Eben ſo lehrt

daher nicht angehalten werden, die Sache zu tradiren, und iſt das Kaufgeld ſchon bezahlt, ſo kann es zurückgefordert werden [35]). Ob aber auch die ſchon übergebene Sache von dem Verkäufer zurückgefordert werden könne? iſt eine ſtritige Rechtsfrage. **Leyſer** [36]) trägt kein Bedenken, ſie zu bejahen, wenn das Veräußerungsverbot das öffentliche Intereſſe zum Zweck hat. Er kannte zwar die Menge von Zweifelsgründen, die ſeiner Meinung entgegenſtehen [37]), allein er glaubt, wenn der Verkäufer eine ſo gerechte Urſache habe, als hier für ihn ſtreite, nämlich das öffentliche Staatsintereſſe, (utilitas publica); ſo könne ihm die exceptio doli, oder die exceptio rei venditae et traditae nicht entgegen ſtehen [38]). Er glaubt am Ende ſeine Meinung durch eine Stelle des canoniſchen Rechts [39]) vollens über allen zweifel zu erheben, woraus erhelle,

lehrt auch Papinian *L. 72. §. 1. D. h. t.* Es wird jedoch vorausgeſetzt, daß die unveräuſſerlichen Stücke nur den geringſten Theil der verkauften Hauptſache ausmachen müſſen, wenn jene Verwahrungs-Clauſel von Nutzen ſeyn ſoll. S. Weſtphal a. a. O. §. 91. und §. 33.

35) *L. 23. D. h. t.* Et quod ſolverit eo nomine, emtor condicere poteſt. S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CXC. medit. 4.

36) Specim. CXC. medit. 1.

37) *L. 17. D. de evictionib. L. 2. Cod. Ne fiſcus rem, quam vendidit, evincat.*

38) *L. 1. §. 5. D. de except. rei vend. et traditae.*

39) *Cap. 33. X. de iureiur.* Intellecto iamdudum, quod cariſſimus in Chriſto filius noſter, Hungariae rex illuſtris, alienationes quasdam fecerit in praeiudicium regni ſui et contra regis honorem. Nos eidem regi dirigimus ſcripta noſtra, ut alienationes

erhelle, daß wenn das Geſetz die Veräußerung einer Sache ſchlechterdings verbiete, Niemand daraus verpflichtet werde, ſondern jeder, er ſey der Fiskus oder eine Privatperſon, könne hier ſein eigenes Factum anfechten. Ihm ſtimmt in der Hauptſache auch **Müller** [40]) bey, welcher dieſe Meinung noch durch die *L.* 34. §. 1. *D. h. t.* zu beſtärken ſucht, wo ein ſolcher Kauf, den die Geſetze verbieten, für nichtig erklärt wird. Allein es ſind hier zwey Fragen nicht zu verwechſeln, die an ſich ganz verſchieden ſind. Erſtens kann auf die Erfüllung eines ſolchen geſetzlich verbotenen Kaufs geklagt werden? und dieſe Frage iſt natürlich zu verneinen. Zweytens kann das, was zur Erfüllung eines ſolchen geſetzlich verbotenen Kaufs gegeben worden iſt, zurückgefordert werden? Hier iſt, wie ich glaube, zu unterſcheiden, ob den Contrahenten das Veräußerungsverbot bekannt war, oder nicht. In dem letztern Falle kann das zur Erfüllung des Handels Gegebene allerdings zurückgefordert werden. So wie daher der Käufer das bereits bezahlte Kaufgeld zurückfordern kann, ſo muß auch dem Verkäufer ein gleiches Recht zuſtehen, die bereits tradirte Sache zu reklamiren [41]). Es muß nur das geſetzliche Verbot für beyde Theile verbindlich ſeyn.

tiones praedictas, non obſtante iuramento, ſi quod fecit de non revocandis eisdem, ſtudeat revocare: quia, cum teneatur, et in ſua coronatione iuraverit, iura regni ſui, et honorem coronae illibata ſervare, illicitum profecto fuit, ſi praeſtitit de non revocandis alienationibus huiusmodi iuramentum, et propterea penitus non ſervandum.

40) Obſervat. pract. ad Leyſerum Tom. II. Faſc. I. Obſ. 389.

41) *L.* 22. 23. *et* 62. §. 1. *D. h. t.*

ſeyn. So z. B. verbindet das landesherrliche Verbot der Getraideausfuhr blos die Unterthanen des Landes, aber nicht die Ausländer. Hier fällt alſo, wenn der Kauf einmal durch die Uebergabe vollzogen war, die Vindication weg [42]). In dem erſten Falle hingegen iſt nicht wohl abzuſehen, wie derjenige, welcher wiſſentlich die Geſetze übertreten hat, ſich anmaßen dürfe, Sachen, die er einmal freywillig weggegeben hat, wieder zurückzufordern. Die Geſetze des römiſchen Rechts geſtatten ihm wenigſtens dieſe Zurückforderung nicht, ſondern ſagen vielmehr ganz beſtimmt das Gegentheil [43]); und dieſe ſind durch das canoniſche Recht hierin nicht aufgehoben worden. Denn die päbſtliche Verordnung, worauf ſich **Leyſer** beruft, enthält weiter nichts, als daß die von einem Regenten vorgenommene Veräußerung, wenn dadurch der Staat ſelbſt gefährdet werde, wieder zurückgefordert werden könne, wenn ſie auch mit einem Eide wäre bekräftiget worden. Dieß iſt auch ganz der Regel gemäß, vermöge welcher der Verkäufer ſelbſt die geſetzwidrig veräußerte Sache vindiciren kann, wenn es zum Vortheil eines Andern geſchieht, um deſſen willen die Geſetze die Veräußerung unterſagt haben [44]). So z. B. kann auch der Vormund die gegen das geſetzliche Verbot veräußerten Sachen ſeines Mündels

42) S. GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviſſ. T. II. §. 954. et not. m. pag. 657.

43) *L. 3. et 8. D. de condict. ob turpem vel iniuſt. cauſam. L. 2. Cod. eodem.* Man vergleiche hier vorzüglich Ad. Diet. Weber's ſyſt. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 76. S. 322. f.

44) S. VOET Comm. ad Pand. Lib. VI. Tit. I. §. 19.

dels vindiciren [45]). Eben ſo der Kirchenvorſteher die widerrechtlich veräußerten Kirchengüter [46]). Es fragt ſich aber, in wiefern deshalb eine Entſchädigung gefordert werden könne, wenn der Kauf nichtig iſt? Man unterſcheide hier folgende Fälle. I. Beyde Theile haben gewußt, daß die Sache nicht verkauft werden durfte. Hier kann kein Theil von dem andern Entſchädigung fordern [47]). II. Keiner von beyden hat die Eigenſchaft der Sache gekannt. Hier kann der Käufer ſtatt der Sache, welche er nicht erhalten kann, wenigſtens das Intereſſe fordern. So iſt nach **Anton Fabers** Erklärung [48]) der Ausſpruch des Lici-

45) *L. 16. Cod. de praed. et aliis rebus minor. ſine decreto non alien.*

46) *Cap. 6. X. de rebus eccleſ. non alienand. Extravag. un. eodem.*

47) *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 62. §. 1. D. h. t.

48) Rational. in Pand. ad L. 70. D. h. t. Siehe auch POTHIER Pandect. Iuſtinian. Tom. I. h. t. Nr. XIV. not. a. Andere, z. B. *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. §. *Putemus.* p. 395. und *Arn.* VINNIUS Commentar. ad §. 5. I. h. t. nr. 2. in fin. erklären hingegen die *L. 70. h. t.* ſo, daß blos der Käufer das bereits bezahlte Kaufgeld zurückbekommen müſſe. Noch andere, wie z. B. BACHOV ad *Treutlerum* Vol. I. Diſput. XXVIII. Th. 7. lit. E. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 19. glauben, der Käufer könne zwar nach dem ſtrengen Recht auf das Intereſſe klagen, allein der Verkäufer könne ſich mit der exceptio iuſtae ignorantiae gegen die Klage ſchützen. Allein die angeführten Geſetze machen offenbar keinen Unterſchied, ob der Verkäufer gewußt habe, daß die Sache nicht habe verkauft werden können, oder nicht. Nun muß in dem erſten Falle das Intereſſe geleiſtet werden, alſo auch in dem letztern. Es kommt nur darauf an, daß der Käufer die Eigenſchaft

Licinius Rufinus *L.* 70. *D. h. t.* zu verſtehen, wo es heißt: Liberi hominis *emtionem contrahi poſſe*, plerique exiſtimaverunt: ſi modo *inter ignorantes* id fiat. Dieſes beſtätiget auch **Julian** *L.* 39. §. 3. *D. de eviction.* Qui liberum hominem ſciens vel *ignorans* tanquam ſervum vendit, *evictionis nomine tenetur.* Ein Gleiches findet III. noch vielmehr in dem Falle Statt, wenn dem Verkäufer die Beſchaffenheit der Sache bekannt war, und dieſer den unwiſſenden Käufer hintergangen hat. **Licinius Rufinus** ſagt dieſes auch ſelbſt in den folgenden Worten: Quod idem placet, *etiam ſi venditor ſciat*, emtor autem ignoret. Von dieſem Falle redet ferner **Modeſtin**, wenn er *L.* 62. §. 1. *D. h. t.* ſagt: Qui neſciens loca ſacra, vel religioſa, vel publica pro privatis comparavit, *licet emtio*[49]) *non teneat*, ex emto[50]) tamen adverſus vendito-

ſchaft der Sache nicht gekannt habe. Hierher gehört noch *L.* 4. *et* 5. *D. h. t.* Et liberi hominis et loci ſacri, et religioſi, qui haberi non poteſt, emtio intelligitur, *ſi ab ignorante emitur:* quia difficile dignoſci poteſt liber homo a ſervo.

49) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXC. medit. 3. will für *emtio* lieber *actio* leſen. Soll durch dieſe Aenderung nicht der Sinn der Worte ganz entſtellet werden, ſo müßte man auch das Unterſcheidungszeichen nach *non teneat* wegſtreichen, und es nach den Worten *ex emto* ſetzen. Allein zu einer ſolchen Veränderung der Leſeart iſt nicht der geringſte Grund vorhanden. Denn daß auch in dem Falle, da der Kauf nicht gilt, gegen den Verkäufer actione emti auf das Intereſſe geklagt werden könne, iſt bekannt. *L.* 1. *§.* 1. *D. de act. emti et vend.* Mit Recht hat daher auch *Io. Guil.* MARCKART in Probabil. receptarum Lectionum iuris civ. pag. 46. ſq. die Leyſerſche Leſeart verworffen.

50) POTHIER in Pand. Iuſtin. T. I. h. t. Nr. XIV. not. b. verſteht

ditorem experietur, *ut conſequatur*, *quod interfuit eius*, *ne deciperetur*. Hat endlich IV. der Käufer gewußt, daß die Sache kein Gegenſtand des Verkehrs ſey, ſo kann er keine Entſchädigung verlangen, auch nicht einmal das bereits bezahlte Kaufgeld kann er zurückfordern. Denn er hat wiſſentlich etwas bezahlt, was er nicht ſchuldig war [51]), **Voet** [52]) glaubt ſogar, der Verkäufer könne auch das Kaufgeld fordern, wenn es noch nicht bezahlt ſey. Allein das Letztere läßt ſich aus den Geſetzen nicht füglich erweiſen. Die hierher gehörigen Stellen ſind folgende.

L. 6. pr. D. h. t. Sed *Celſus* filius ait, hominem liberum SCIENTEM te emere non poſſe, *nec cuiuscunque rei*, *ſi* SCIAS, *alienationem* (non) *eſſe* [53]): ut ſacra et

dieß von einer *actio utilis*. Iſt ein locus religioſus pro puro verkauft worden, ſo gibt der Prätor auch eine actio in factum. *L. 8. §. 1. D. de religioſis.*

51) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 19.

52) Commentar. ad Pand. h. t. §. 5.

53) So lieſet die Taurelliſche Ausgabe. **Baudoza** hat, alienationem *interdictam* eſſe. **Haloander**, cuius ſcias, alienationem *prohibitam* eſſe. *Cod. Pand. Erlang.* hat: alienationem *inhibitam* eſſe. **Brenkmann** in dem Göttingiſchen Corpus iur. civ. und IENSIUS in Strictur. ad Rom. iur. Pand. p. 134. vertheidigen die Taurelliſche Leſeart. Ihnen ſtimmt auch **Weſtphal** vom Kauf §. 90. bey. Allein da **Taurellius** die Partikel NON in eine Parentheſe geſetzt hat, ſo ſtand ſie ſicher nicht in der Florentiniſchen Handſchrift. Der Sinn liegt auch ohne dieſe Parentheſe klar vor Augen, wie *Io. Guil.* MARCKART Interpretation. receptar. iuris civ. Lection. Lib. I. cap. 12. §. 1. gezeigt hat, welcher dieſe Stelle auf folgende Art erklärt: *nec cuiuscunque rei*, *publicae*, *ſacrae*, *religioſae*, *aliena-*

et religioſa loca; aut quorum commercium non ſit, ut publica, quae non in pecunia populi, ſed in publico uſu habeantur, ut eſt Campus Martius.

L. 34. §. 2. *D. h. t.* Liberum hominem SCIENTES emere non poſſumus [54]). Sed nec talis emtio, aut ſtipulatio admittenda eſt, *cum ſervus erit:* quamvis dixerimus, futuras res emi poſſe. Nec enim fas eſt, eiusmodi caſus exſpectare.

L. 70. *in fin. D. h. t.* Quod ſi emtor SCIENS, liberum eſſe, emerit, nulla emtio contrahitur.

Die Regel, daß ein dem geſetzlichen Verbot zuwider geſchloſſener Kauf nichtig ſey, leidet jedoch folgende Ausnahmen 1) wenn das Geſetz, ohne den Handel für ungültig zu erklären, blos eine Strafe damit verknüpft hat. 2) Wenn das Geſetz die Veräußerung blos zum Beſten eines Dritten unterſagt, und dieſer ſich ſeines Rechts nicht binnen der ihm dazu vorgeſchriebenen Friſt bedient. Z. B. wenn ein Minderjähriger nach erreichter Großjährigkeit den ungültigen Kauf nicht binnen fünf Jahren impugnirt [55]).

Noch iſt zu bemerken, daß ein erſt nach abgeſchloſſenem Kaufe eintretendes Verbot die noch nicht geſchehene

alienationem eſſe (ſc. ait CELSUS), *ſi ſcias* ſcil. *talem rem eſſe, nec haberi poſſe.* Die doppelte Negation würde einen affirmativen Sinn hervorbringen, der offenbar hier abſurd iſt.

54) Eine Ausnahme enthält die bekannte Verordnung des Kaiſers Conſtantin des Großen. *L.* 2. *Cod. de patrib. qui filios ſuos diſtraxerunt.*

55) *L.* 3. *Cod. Si maior factus alienat. fact. ratihab.*

Uebergabe hindert [56]). Niemand wird dieſes für eine Anwendung des Geſetzes ad praeterita halten, welcher erwägt, daß dasjenige, worauf das Geſetz angewandt wird, keinesweges vorher ſchon geſchehen iſt, ſondern nur jetzt nach eingetretener Gültigkeit des Geſetzes gehindert werden ſoll [57]).

§. 976.

Wirkung eines teſtamentariſchen und vertragsmäßigen Veräußerungs-Verbots.

Zuweilen kann auch B) die Veräußerung einer Sache zum Vortheil gewiſſer Perſonen durch ein Teſtament verboten worden ſeyn [58]). Solche Fideicommiſſe können dann anders nicht, als mit Einwilligung ſämmtlicher Intereſſenten, gültig veräußert werden [59]). Iſt die

56) S. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXC. medit. 4.

57) S. Ad. Diet. Weber über die Rückanwendung poſitiver Geſetze. (Hannover 1811.) Nr. 56. S. 123.

58) Ohne Beſtimmung, zu weſſen Vortheil das Verbot der Veräußerung gereichen ſolle, iſt daſſelbe ungültig und unverbindlich. *L. 114. §. 14. D. de legat. I. L. 38. §. 4. L. 93. pr. D. de legat. III.* S. Weſtphal von Vermächtniſſen und Fideicommiſſen. §. 351. u. 363.

59) *L. 120. §. 1. D. de legat. I. L. 11. Cod. de fideicommiſſ.* Paulus *Sentent. Recept. Lib. IV. Tit. 1. §. 13.* in *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejuſt. pag. 388. ſcheint zwar anderer Meinung geweſen zu ſeyn. Nach ſeiner Meinung ſoll nicht einmal ein Vertrag gelten, der gegen den Willen des Erblaſſers über das Fideicommiß von den Intereſſenten geſchloſſen worden iſt. Allein hierauf kann jetzt nicht mehr Rückſicht genommen werden. S. Weſtphal von Vermächtniſſen und Fideicommiſſen §. 1475.

die Veräußerung von dem mit dem Fideicommiß beſchwerten Erben eigenmächtig geſchehen, ſo iſt ſie null und nichtig, und kann zwar nicht von dem Veräußerer ſelbſt, wohl aber von dem Fideicommiſſar, zu deſſen Nachtheil ſie geſchehen iſt, und zwar entweder gleich, oder erſt dann, wenn die beſtimmte Zeit erſcheint, oder die Bedingung in Erfüllung geht, reklamirt werden [60]). Iſt von Familien-Fideicommiſſen die Rede, und die Veräußerung geſchahe von einem Beſitzer des Fideicommiſſes aus Noth wegen dringender Schulden; ſo beſteht ſie wenigſtens bis an ſeinen Tod [61]). Bey einer freiwilligen Veräußerung hingegen, fällt das Fideicommiß ſogleich an den nächſten von der Familie [62]).

Das Veräußerungsverbot kann endlich C) auch in einem Vertrage (pactum de non alienando) gegründet ſeyn [63]). Hier ſind folgende zwey Fragen zu erörtern.

I. In

60) *L. 3. §. 2. et 3. Cod. Communia de legatis.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15. HOMMEL Rhapſod. Quaeſtion. for. Vol. VI. Obſ. 867.

61) *L. 69. §. 1. D. de legat. II.* S. *Io.* IENSIUS Strictur. ad Rom. iuris Pand. ad h. L. pag. 243. Wird wegen der Schulden des Erblaſſers das Fideicommiß verkauft, ſo erliſcht es. *L. 114. §. 14. in fin. D. de legat. I. L. 78. §. 4. D. de legat. II. L. 9. D. de fideic. libertat.* S. *Iac.* CUJACIUS Obſervat. Lib. XV. c. 5. und Weſtphal von Vermächtniſſen. §. 366. — §. 368.

62) *L. 69. §. 3. L. 77. §. 27. D. de legat. II.*

63) S. *Io. Nic.* HERT Diſſ. de pacto, ne dominus rem ſuam alienet. in EIUSDEM *Opuſcul.* Vol. I. Tom. III. pag. 95. und *Chriſt.* GMELIN Diſſ. de pacto de non alienando. *Tub.* 17?9.

I. In wiefern iſt ein ſolcher Vertrag gültig? Es ſind hier zwey Fälle zu unterſcheiden.

1) Der Vertrag, ſein Eigenthum nicht zu veräußern, iſt von dem dritten Nichteigenthümer mit dem Eigenthümer errichtet worden. Hier erklären die Geſetze den Vertrag für ungültig und unwirkſam. **Pomponius** ſagt *L. 61. D. de pactis.* Nemo paciſcendo efficere poteſt, *ne vicino invito praedium alienet.* Dieſe Stelle iſt aus des **Pomponius** *libro IX ad Sabinum* genommen, in welchem dieſer Rechtsgelehrte vom Kaufcontract handelt, wie aus der Vergleichung der aus demſelben Buche genommenen Fragmente in unſeren Pandecten erhellet [64]). Mehrere Ausleger, unter denen ich nur den **Gerhard Noodt** [65]), **Emund Merill** [66]) und **Joſeph Fineſtres** [67]) nennen will, wollen daher das Fragment des **Pomponius** von dem Falle verſtehen, wenn dem Kaufcontract der Vertrag wäre beygefügt worden, daß der Käufer die Sache nicht ohne Einwilligung des Verkäufers veräußern ſolle. Allein wenn **Pomponius** ſagt, Niemand könne ſich durch Vertrag gültig verpflichten, ſein

64) *L. 4. 6. 8. 13. 16. 18. 20. D. h. t. L. 1. D. de heredit. vel act. vend. L. 5. D. de periculo et comm. rei vend.* welche Stellen alle aus des Pomponius libro 9. ad Sabinum genommen ſind.

65) De pactis et transactionib. cap. XI. §. *Eiusdem generis.* Operum Tom. I. pag. 514.

66) Expoſition. in L. Deciſiones Iuſtiniani Nr. XLVI. *Oper.* P. II. pag. 127.

67) In Hermogeniani iuris epitomar. libros VI. Commentar. ad L. 75. D. de contrah. emt. §. 9. pag. 453.

ſein Grundſtück nicht ohne des Nachbars Einwilligung zu veräußern, ſo leuchtet ja, wie auch **Franz Raguellus** [68]) behauptet, in die Augen, daß hier von einem nicht verkauften Grundſtück des Eigenthümers die Rede ſey. Man ſieht es noch deutlicher aus den übrigen von **Pomponius** angeführten Fällen. Niemand, ſagt dieſer Juriſt, kann ſich auch durch ein pactum gültig verpflichten, einen ihm eigenen Platz zur heiligen Stätte nicht einweihen zu laſſen, oder auf eine ihm eigene Stelle keinen Toden zu begraben. Wo iſt hier überall von einem pacto venditioni adiecto die Rede? Hierzu kommt, daß ja das pactum de non alienando, als Nebenvertrag, mit dem Hauptcontract gültig geweſen wäre, und die Contractklage begründet haben würde, wie auch **Paulus** *L.* 21. *§.* 5. *D. de act. E. et V.* und **Hermogenian** *L.* 75. *D. h. t.* lehren. Mit dieſer Erklärung ſtimmen auch **Hert** [69]) und **Marc Aurel Galvanus** [70]) überein. Der eigentliche Grund, warum man den Vertrag, von welchem **Pomponius** ſpricht, für unverbindlich erklärte, war wohl der, weil man glaubte, daß ein ſolcher Vertrag ſich mit der Freyheit des Handels nicht vereinigen laſſe, zumal da der Paciscent in den meiſten Fällen bey deſſen Erfüllung kein Intereſſe hat [71]). Wenn nun aber gleich dieſer Vertrag in der Regel

68) Commentar. ad conſtitut. et deciſiones Iuſtiniani ad L. ult. Cod. de pactis inter emtorem pag. 268.

69) Cit. Diſſ. §. 2.

70) De Uſufructu. Cap. XXXI. Nr. VIII. pag. 396. ſq. (edit. *Tübing. 1788.*)

71) S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 61. D. de pactis, und GMELIN cit. Diſſ. §. 5.

Regel unverbindlich iſt, ſo kann doch a) eine vertragsmäßige Strafe auf deſſen Verletzung geſetzt werden, welche bezahlt werden muß, wenn der Contrahent dieſen Vertrag, der an ſich weder für ſchändlich noch unmöglich zu halten iſt, nicht erfüllt. Von einer ſolchen Convenzionalſtrafe iſt unſtreitig die **Stipulation** zu verſtehen, durch welche nach der Lehre des **Paulus** *L.* 11. *D. de religioſis* das pactum de non alienando Wirkſamkeit erhalten kann[72], wie auch **Anton Faber**[73], **Edmund Merillius**[74], **Johann Le Grand**[75], **Pothier**[76], und **Gmelin**[77], behaupten. Eine Ausnahme findet ferner b) ſtatt, wenn dem Nichteigenthümer wegen eines ihm an der Sache des Eigenthümers zuſtehenden dinglichen Rechts daran liegt, daß ſie von dem Eigenthümer nicht veräußert werde. Dahin gehört der Fall, wenn der Pfandgläubiger mit dem Schuldner den Vertrag ſchließt, daß letzterer ohne ſeine Einwilligung das Pfand nicht verkaufen wolle. Hier iſt der Vertrag gültig, und hat die Wirkung, daß die demſelben zuwider unternommene Veräuſſerung nichtig iſt. Es verdient hier die Stelle **Marcians** *L.* 7. §. 2. *D. de diſtract. pignor.* eine nähere

72) Eine ſolche vertragsmäßige Strafe kann im Contraventionsfalle von dem Paciſcenten auch dann gefordert werden, ſi eius nihil intereſt. *L. 38. §. 17. D. de Verb. obligat.*

73) FABER Rational. in Pand. ad L. 11. D. de relig.

74) Expoſit. in L. Deciſion. Iuſtin. Nr. XLVI. 5.

75) *Io. Matth.* MAGNUS Rationum et differentiar. iuris civ. Lib. II. cap. 5. in *Theſ. Meerman.* Tom. III. pag. 302.

76) Pandect. Iuſtinian. Tom. I. Lib. II. Tit. 14. Nr. XXV. not. f.

77) Cit. Diſſ. §. 11.

nähere Erörterung. Quaeritur, ſagt dieſer Rechtsgelehrte, ſi pactum ſit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris ſit: et an pactio nulla ſit talis, quaſi contra ius ſit poſita: ideoque veniri poſſit? *Et certum eſt, nullam eſſe venditionem, ut pactioni ſtetur.* So deutlich und expreſſiv die Worte lauten, ſo ſehr hat man ſich dennoch von jeher über den Sinn derſelben geſtritten. Der Irrwahn, als ob der Gläubiger bey dieſem Vertrage kein Intereſſe habe, hat verſchiedene ſowohl ältere, als neuere Rechtsgelehrten zu mancherley Aenderungen der Leſeart verleitet. **Anton Faber** [78]) will ſtatt *debitori* vielmehr *debitoris* leſen, und das Geſetz von dem Falle verſtehen, wenn der Gläubiger ſich verpflichtet hätte, das Pfand nicht zu verkaufen. Unter den neuern Rechtsgelehrten ſind dieſer Erklärung **Ernſt Chriſt. Weſtphal** [79]) und **Heinr. El. Gottl. Schwabe** [80]) beygetreten. Allein ſchon **Jacob Gothofredus** [81]) hat dieſe Erklärung ſo gründlich widerlegt, daß man ſich wundern muß, wie ſie unter den neuern noch hat Anhänger finden mögen. Noch andere wollen: nullam eſſe pactionem leſen, ut *venditioni* ſtetur; und halten einen Vertrag in Gemäßheit der *L. 61. D. de pactis*

78) De erroribus Pragmaticor. Decad. LXXXVII. Err. 2.

79) Erläuterung der Röm. Geſetze vom Pfandrecht §. 204. Not. 127. S. 301.

80) Von dem Nichtrecht der Hypotheken-Veräußerung des Schuldners ohne des Gläubigers Einwilligung. (Erfurt 1805. 4.) §. 33.

81) Animadverſion. iuris civ. Cap. 14. (Tom. III. *Theſ. iur. Rom.* pag. 302.)

pactis mit **Donellus** [82]) für unwirkſam. Schon **Bartolus** [83]) gedenkt dieſer Leſeart, er bemerkt jedoch, daß er deswegen mit dem jüngern **Accurſius** nach Piſa gereiſet ſey, um daſelbſt die jetzt ſo genannten florentiniſchen Pandecten zu vergleichen, und habe dann nach ſeinem Wunſch die gemeine Leſeart darin beſtärkt gefunden [84]). Ueberdem haben auch **Johann Steck** [85]) und **Johann Wilh. Marckart** [86]) dieſe violente, allen Regeln der Critic entgegenſtreitende Emendation mit Recht verworffen. Ein Gleiches gilt von der unkritiſchen Aenderung des **Janus a Coſta** [87]) welcher: Si pactum ſit a *debitore*, ne liceat *creditori* hypothecam vendere, leſen will; worüber ſchon **Hermann Cannegieter** [88]) den Stab gebrochen hat. Die gemeine Leſeart bedarf keiner Emendation, für ihre Richtigkeit ſtreitet die Auctorität der Florentine, die Uebereinſtimmung aller übrigen Ausgaben der Pandecten, und der Baſiliken [89]), in welchen letztern der Sinn unſerer Stelle ganz kurz auf folgende Art dargeſtellt wird: Καλῶς ὁ δα-

82) Comm. ad L. 135. §. 3. D. de Verb. obligat.

83) Ad *hanc L. 7.* et ad L. 3. C. de condict. ob cauſ. dator. nr. 4.

84) S. *Ant.* AUGUSTINUS Lib. IV. Emendation. cap. 17. (Tom. IV. *Theſ. iur. Rom. Otton.* pag. 1554.)

85) Vindicat. Legum anticriticar. Cap. 14. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iur. Rom.* T. I. pag. 523. ſqq.)

86) Interpretat. receptar. iuris civ. Lection. Lib. I. cap. 15.

87) Commentar. ad Tit. Inſtitut. Quib. alienare licet, vel non. §. 1.

88) Obſervation. iuris Rom. Lib. II. cap. 7. pag. 172.

89) Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 7. pag. 72.

δανειστὴς συμφωνεῖ, μὴ ἐξεῖναι τῷ χρεώστῃ πωλεῖν τὸ ἐνέχυρον, i. e. *Recte paciſcitur creditor, ne debitori liceat pignus vendere.* Es kommt alſo nur darauf an, ob der Vertrag, von welchem **Marcian** hier redet, wirklich ein Intereſſe für den Gläubiger haben könne? Dies iſt es nun freylich, wovon man ſich ſo ſchwer überzeugen kann. **Hieronymus de Oroz** [90]) verwirft zwar alle Aenderung der Leſeart, erklärt aber doch auch das Geſetz ſo, als ob der Vertrag ohne Wirkung ſey. Er nimmt nämlich das Wort *ut* nicht für ein Adverbium, ſondern im relativen Sinn für *ita ut*, ſo daß es auf venditio geht. Der Sinn der Worte: *nullam eſſe venditionem, ut pactioni ſtetur* ſey alſo der: es ſey gar kein Verkauf denkbar, bey welchem das pactum gelten könne. Allein das Gezwungene dieſer Erklärung, welcher auch die Baſiliken widerſprechen, leuchtet in die Augen. Wäre zu **Marcians** Zeiten dem dritten Beſitzer der Hypothek ſchon das beneficium excuſſionis zu Statten gekommen, ſo wäre dann freylich der Nutzen eines ſolchen Vertrags, vermöge welchen der Schuldner das Pfand nicht gültig verkaufen konnte, außer Zweifel geweſen. Denn der dritte Beſitzer, welcher vom Schuldner cauſam hat, würde ſich wohl nicht auf dieſe Rechtswohlthat berufen können [91]). Allein damals konnte ja der Gläubiger noch ſeine Hypothek nach Willkühr gegen den dritten Beſitzer verfolgen, ohne den Schuldner zuvor ausgeklagt zu haben [92]). Deſſen ungeachtet konnte doch auch ſchon zu **Marcians**

90) De apicibus iuris. Lib. II. cap. 3. nr. 7. pag. 109.

91) S. Weſtphals Pfandrecht im Nachtrage S. 26. Note 227.

92) *L. 19. D. Qui pot. in pign. L. 14. L. 24. Cod. de pignor. et hyp. L. ult. Cod. de obligat. et act.* S. *Fr.* BALDUINUS de

cians Zeiten der in Frage ſtehende Vertrag für den Gläubiger in mehr als einer Hinſicht ein Intereſſe haben. Denn da vermöge dieſes Vertrags die Veräußerung des Pfandes nichtig iſt, ſo geht auch, wie ſonſt geſchehen ſeyn würde[93]), das Eigenthum nicht auf den Käufer über, und es kann daher der Gläubiger, wenn über das Vermögen des Käufers ein Concurs entſtehen ſollte, ein Separationsrecht exerciren, nicht zu gedenken, daß er ſich auch ſchon gleich anfangs der Veräußerung widerſetzen kann. Das pactum de non alienando, ſofern es einem Veräußerungs-Contract angehängt wird, hindert zwar ſonſt, wie ich nachher zeigen werde, die Uebertragung des Eigenthums auf einen Dritten nicht, ſondern verpflichtet blos den Paciſcenten, mit welchem der Vertrag geſchloſſen worden. Allein da es hier einem Geſchäft angehängt wird, wodurch der Gläubiger ein auf der Sache ſelbſt haftendes Recht erhält, welches ein jeder dritter Beſitzer anerkennen muß, ſo afficirt das angehängte pactum, daß der Schuldner das Pfand nicht verkaufen ſoll, nun ebenfalls die Sache ſelbſt, und es iſt kein Wunder, daß es gegen den Dritten geltend gemacht werden kann[94]). Mehrere

de pignorib. et hypoth. cap. 14. und *Franc. Car.* CONRADI Diſſ. de beneficio excuſſionis poſſeſſori hypothecae ſpecialis non competente. *Helmſt. 1747.* §. 3.

93) *L. 12. Cod. de diſtract. pignor.*

94) S. VOET Comm. ad Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 22. *Guil.* FORNERIUS Antinomiar. pignor. §. 20. (in CONRADI Parergor. Lib. II. pag. 264.) *Ulr.* HUBER Eunomia Rom. ad L. 7. §. ult. D. de diſtr. pign. §. 5. pag. 744. ſq. und MARCKART Interpretat. receptar. iuris civ. Lection. Lib. I. cap. 15. pag. 99.

re [95]) fügen auch noch den Grund hinzu, daß das pactum de non alienando, wenn es mit dem Pfandſchuldner geſchloſſen worden, den Gläubiger der Nothwendigkeit, das Eigenthum des Schuldners zu beweiſen, überhebe, welcher er ſich ſonſt bey der Verfolgung ſeines Pfandrechts gegen den dritten Beſitzer unterziehen müßte [96]). **Weſtphal** [97]) hat jedoch dagegen Verſchiedenes erinnert, wovon in der Lehre vom Pfandrecht ein Mehreres. Es iſt nun

2) noch ein anderer Fall denkbar, nämlich das pactum de non alienando kann auch von dem bisherigen Eigenthümer mit demjenigen seyn eingegangen worden, an welchen er ſein Eigenthum veräußert. Hier iſt der Vertrag gültig. Nicht nur **Cajus** ſagt *L.* 48. *D. de pactis* ganz allgemein: In traditionibus rerum, quodcunque pactum ſit, id valere manifeſtiſſimum eſt; ſondern **Juſtinian** beſtärkt dieſes auch noch in der *L. ult. Cod. de pact. inter emtor. et vendit. init.* aus dem beygefügten Grunde: Cum etenim venditor vel alter alienator non alia lege ius ſuum transferre paſſus eſt, niſi tali fretus conventione, quomodo ferendum eſt, aliquam captionem ex varia pati eum interpretatione? **Juſtinian** redet zwar nicht ausdrücklich von dem pacto de non alienando, ſondern von dem Falle: Si quis ita paciſcatur

95) *Io.* STECK Vindicat. Leg. anticriticar. cap. 14. BACHOV Tr. de pignorib. Lib. III. cap. 11. und HERT Diſſ. de pacto, ne dominus rem ſuam alienet. §. 15.

96) *L. 15. §. 1. D. de pignor. L. 23. D. de probat. L. 6. Cod. Si aliena res pignori data ſit.*

97) Pfandrecht, im Nachtrage Not. 227. S. 26.

tur in venditionis, vel alienationis contractu, *ut novo domino nullo modo liceat in loco vendito, vel alio modo ſibi conceſſo, monumentum exſtruere, vel alio modo humano iuri eum eximere*; und entſcheidet über die Gültigkeit dieſes Vertrags gegen die Zweifel einiger älterer Rechtsgelehrten [98]). Allein aus dem Grunde, den **Juſtinian** anführt: Forſitan enim multum eius intererat, *ne ei vicinus non ſolum, quem nollet, aggregaretur*, ſed etiam, pro quo ſpecialiter erat interdictum, erhellet deutlich, daß er auch das pactum de non alienando im Sinn gehabt habe, ſo wie es auch **Pomponius** *L. penult. D. de pact.* mit den von **Juſtinian** namentlich erwähnten Fällen in eine Claſſe ſetzt. Der angeführte Grund, keinen unangenehmen Nachbar zu bekommen, ſcheint wenigſtens auf das pactum de non alienando mehr zu paſſen, als auf die von **Juſtinian** angeführten Beyſpiele. Es fragt ſich nun aber noch

II. worin die Wirkung eines ſolchen pacti de non alienando beſtehe? Die Rechtsgelehrten ſind hierüber nicht einerley Meinung. Einige [99]) behaupten, es finde, wenn dem Vertrage zuwider gehandelt wird, nicht blos eine perſönliche Klage gegen den Paciscenten, ſondern auch eine ding-

98) Man vergleiche *L. 11. D. de relig.* mit *L. 61. D. de pactis.* S. *Em.* MERILLIUS Expoſit. in L. Deciſion. Iuſtin. Nr. XLVI. pag. 127. und GMELIN cit. Diſſ. §. 6—10

99) *Ant.* MERENDA Controverſiar. iuris Lib. I. cap. 31. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. LXXXVII. Err. 5. ſqq. Err. 10. HERT cit. Diſſ. §. 15—17. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 891. und Thibaut Syſt. des Pandectenrechts 2. Th. §. 584. Unter den alten Gloſſatoren waren Rogerius und Martinus dieſer Meinung.

dingliche Klage gegen jeden Beſitzer Statt. Denn man glaubt, dieſes Pactum hindere die Uebertragung des Eigenthums. Andere 100) hingegen tragen Bedenken, dem pactum de non alienando dieſe Wirkung beyzulegen, es ertheile, ſagen ſie, als ein pactum adjectum, blos eine perſönliche Klage auf Leiſtung des Intereſſe. Noch andere 1) wollen einen Unterſchied machen, ob dieſes Pactum bey dem Vertrage, oder der Uebergabe angehängt worden. In dem erſten Falle werde dadurch die Uebertragung des Eigenthums nicht gehindert, ſondern nur eine perſönliche Klage bewirkt. In dem letztern Falle hingegen, werde das Eigenthum nicht übertragen, die dem Vertrage zuwider veräußerte Sache könne daher vindicirt werden. Unter dieſen verſchiedenen Meinungen verdient unſtreitig die zweyte den Vorzug. Denn Erſtens kann dieſer Vertrag ſchon, als ein pactum adjectum, keine andere Klage, als welche aus dem Hauptcontract entſpringt, hervorbringen. Eine dingliche Klage ſetzt ein dingliches Recht voraus. Aus Verträgen entſpringt aber in der Regel nur ein perſönliches Recht. Obligationum ſubſtantia ſagt Paulus *L.* 3 *pr. D. de obligat. et act.* non in eo conſiſtit, ut aliquod corpus noſtrum, aut ſervitutem noſtram faciat; *ſed ut alium nobis obſtringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praeſtandum.* So wie daher

100) *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15. GMELIN cit. Diſſ. §. 13. ſqq. Unter den Gloſſatoren Azo und Accurſius.

1) Dies iſt die Meinung des Bulgarus, welcher *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. II. Tit. 14 Qu 37. beyſtimmt, aber ſchon von EMMINGHAUS ad Coccejum c. l. not. x. zur Genüge widerlegt worden iſt.

daher durch den bloßen Vertrag kein Eigenthum übertragen wird, ſo wird auch dadurch die Uebertragung deſſelben nicht gehindert. Dieſe Meinung beſtärken aber **zweytens** auch die Geſetze.

L. 75. D. de contrab. E. et V. Qui fundum vendidit, *ut*, *ſi vendat*, *non alii*, *ſed ſibi diſtrabat*; vel ſimile aliquid paciſcatur: ad complendum id, quod pepigerunt, *ex vendito* agere poterit.

L. 21. §. 5. D. de act. emti et vend. Sed et ſi ita fundum tibi vendidero, *ut nulli alii eum*, *quam mibi*, *venderes*, actio eo nomine *ex vendito* eſt, ſi alii vendideris.

L. 135. § 3. D. de verbor. obligat. Ea lege donatum ſibi eſſe a Seia ſervum et traditum, *ut ne ad fratrem eius*, *aut filium*, *aut uxorem*, *aut ſocrum perveniret*, ſcripſit: et haec ita ſtipulante Seia, ſpopondit Titius, qui poſt biennium heredes relinquit Seiam et fratrem; cui ne ſerviret, expreſſum erat. Quaeritur, an Seia cum fratre et coherede *ex ſtipulatu* agere poſſit? Reſpondit, *poſſe in id*, *quod eius intereſt*.

L. 3. C. de condict. ob cauſam dator. Ea lege in vos collata donatio: *ut neutri alienandae ſuae portionis facultas ulla competeret*, id efficit, ne alteruter veſtrum dominium prorſus alienet: vel ut donatori vel eius heredi *condictio*, ſi non fuerit conditio ſervata, quaeratur.

Dieſe Geſetze laſſen gar keinen Zweifel übrig, daß, wenn dem Vertrage zuwider gehandelt wird, wodurch ſich der Erwerber einer Sache verbindlich gemacht hat, die auf

ihn

ihn übertragene Sache nicht zu veräußern, blos eine perſönliche Klage auf Entſchädigung gegen den Veräußerer angeſtellt werden könne. Wie könnte alſo eine Intereſſenklage Statt finden, wenn das Eigenthum nicht überginge? Es iſt daher in der That unbegreiflich, wie diejenigen Rechtsgelehrten, welche in dieſem Falle nicht blos eine perſönliche Klage gegen den Veräußerer, ſondern auch eine dingliche Klage gegen den dritten Beſitzer Statt finden laſſen wollen, die ihrer Meinung ſo ſchnurgerade entgegenſtreitende *L.* 3. *Cod. de condict. ob cauſ. dator* haben als Beweisſtelle anführen mögen. Es muß ihnen ja bekannt ſeyn, daß der Eigenthümer ſeine Sache nicht condicire [2]). Wie kann alſo die rei vindicatio mit einer condictio, ohne den offenbarſten Widerſpruch, concurriren? [3]) Ganz vergeblich berufen ſie ſich auf die Worte: id efficit, *ne alteruter veſtrum dominium prorſus alienet.* Denn dieß heißt offenbar nicht ſoviel, als das Eigenthum werde nicht übertragen. Das Gegentheil lehrt die im Geſetz dem Donator geſtattete condictio, welche nur dem Nichteigenthümer zuſteht. Daß die Veräußerung, des pacti ungeachtet, an ſich nicht ungültig ſey, lehren auch die Baſiliken [4]). Jene Worte ſollen alſo blos den Sinn des Vertrags und den Willen des Donators,

2) *L. ult. in fin. D. Uſufruct. quemadm. caveat.*

3) Nur aus Haß gegen Diebe und aus beſonderer Begünſtigung der Alimente laſſen die Geſetze Ausnahmen zu. S. *§. 14. I. de actionib.* und *L. 1. Cod. de donat. quae ſub modo.*

4) Tom. III. Lib. XXIV. Tit. 1. Conſt. 31. pag. 503. Man ſehe den 13. Th. dieſes Commentars §. 821. Not. 30 S. 16. f.

nators, ſo wie die letzteren die Rechtswirkung deſſelben ausdrücken. Der Sinn der Worte iſt alſo folgender. Iſt eine Schenkung unter der Bedingung errichtet worden, daß der Donatar nicht befugt ſeyn ſolle, die Sache zu veräußern, ſo beſteht die Wirkung dieſes Vertrags darin, daß der Schenknehmer die Veräußerung gänzlich unterlaße; oder, wenn er die Bedingung des Vertrags nicht erfüllt, dem Donator oder deſſen Erben, denen deshalb eine Condiction zuſteht, das Intereſſe leiſte, das heißt hier, den Werth der Sache erſetze [5]). Die *L. ult. Cod. de rebus alien. non alienand.* kann dagegen nichts beweiſen. Denn Juſtinians Abſicht war hier nicht die Wirkung des Veräußerungsverbots, ſondern nur den Begriff von der Veräußerung zu beſtimmen. Drey Fälle werden jedoch ausgenommen, wo auch gegen den dritten Beſitzer eine Klage Statt findet, nämlich 1) wenn der Dritte wußte, daß die Sache, die er kaufte, wegen eines mit dem Verkäufer von deſſen Auctor geſchloſſenen Vertrags nicht habe verkauft werden dürfen [6]). 2) Wenn das pactum de non alienando auf eine ſolche Art geſchloſſen worden iſt,

5) So erklären dieſes Geſetz auch *Hub.* GIPHANIUS Explanat. difficilior. LL. Cod. T. I. pag. 242. ſq. *Io.* SICHARD Praelect. in Cod. ad L. 3. Cod. de condict. ob cauſ. dator. *Reinh.* BACHOVIUS Tr. de actionib. Disput. IV. Th. 19. pag. 148. ſqq. *Io. Iac.* WISSENBACH Commentat. in Cod. ad L. 3. cit. *Andr.* FACHINAEUS Controverſ. iuris Lib. XII. cap. 28. VAUDUS Variar. Quaeſt. Lib. I. Qu. 43. nr. 10. und GMELIN cit. Diſſ. §. 20. Vorzüglich iſt jedoch noch zu vergleichen *Io. Balth. a* WERNHER ſelect. Obſervat. for. Tom. I. P. II. Obſ. 372.

6) Hier haftet der Dritte wegen ſeines Dolus. S. WERNHER ſelect. Obſervat. for. Tom. I. P. II. Obſ. 425.

iſt, daß wenn demſelben zuwider gehandelt werden würde, das Eigenthum für nicht übertragen gehalten werden ſolle [7]). 3) Wenn ſich der Verkäufer auf den Fall der Nichterfüllung des angehängten Vertrags eine Hypothek auf der Sache vorbehalten hat [8]).

§. 977.

III. Kaufpreis. Wie wenn der Preis zum Theil in Gelde, zum Theil in andern Sachen beſteht?

Das dritte weſentliche Erforderniß des Kaufs betrift den Preis (pretium). Nam emtionis ſubſtantia, ſagt Papinian *L.* 72. *pr. D. h. t. conſiſtit ex pretio.* Dieſer Kaufpreis muß nun in baarem Gelde, und zwar in einer beſtimmten Summe beſtehen. Pretium *in numerata pecunia* conſiſtere debet, ſagt Juſtinian §. 2. *I. h t.* Wenn alſo Sache für Sache, oder zwar Geld für Waare, aber in keiner beſtimmten Summe (in folle) gegeben wird, ſo iſt das Geſchäft kein Kauf, ſondern ein Tauſch [9]). Es iſt jedoch genug, wenn auf baar Geld gehandelt worden iſt. Iſt dieſes geſchehen, und es werden auch nachher, ſtatt des bedungenen Preiſes, Sachen gegeben, ſo wird dadurch der Kauf nicht aufgehoben [10]).

7) STRYK Cautel. contractuum. Sect. I. cap. 3. §. 32. et 33.

8) WERNHER Select. Obſ. for. Tom. I. P. II. Obſ. 372. nr. 35. STRYK c. l. §. 34. HERT Diſſ. de pacto, ne dominus rem ſuam alienet. §. 22.

9) *L. 7. Cod. de rer. permutat. L. ult. D. de condict. cauſa data cauſ. non ſec.*

10) *L. 144. §. 1. D. de div. reg. iuris. L. 21. §. 4. D. de act. emti et vend. L. 9. Cod. de reſcindenda vendit. L. 4. Cod. de evict*

Iſt aber theils auf baar Geld theils auf andere Sachen gehandelt worden, ſo kommt es zunächſt auf die Abſicht der Partheyen an, dieſe entſcheidet, ob der Handel ein Kauf oder ein Tauſch ſeyn ſoll [11]). Iſt dieſe aber nicht deutlich erklärt worden, ſo muß man im Zweifel unterſcheiden, a) ob der größte Theil des bedungenen Preiſes in Gelde beſteht. Hier iſt der Handel als ein Kauf anzuſehen [12]). Oder b) ob die Sachen, welche zu dem Preiſe ſind zugelegt worden, dieſen am Werthe überſteigen. Hier gilt das Geſchäft als ein Tauſch. Denominatur negotium eo, ſagt Lauterbach [13]), quod praevalet, alterum, quod ſuperatur, pro additamento habetur. Oder c) ob eben ſo viel an Gelde als Sachen für die Waare behandelt worden iſt. Hier iſt es ſtreitig, wofür das Geſchäft im Zweifel zu halten ſey. Einige [14]) halten es für einen Kauf, andere [15]) für einen Tauſch, noch andere

evict. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 22. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 40.

11) *L. 34. D. de reg. iur.* WERNHER Select. Obſervat. forenſ. Tom. II. P. IX. Obſ 60. und LAUTERBACH c. l. §. 39.

12) *L. 6. §. 1. D. de act. E. et V. L. 79. D. h. t.* VOET h. t. §. 22.

13) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 39.

14) HUBER Praelect. iur. civ. ſec. Inſtitut. Lib. III. Tit. 24. §. 8. WERNHER ſelect. Obſervat. for. T. II. P. IX. Obſ. 60. nr. 6. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. contr. h. t. Qu. 20. not. v. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1904. Thibaut Syſtem des Pand. R. 2. Th. §. 857.

15) CARPZOV Iurisprud. for. P. II. Conſtit. 32. Definit. 15. nr. 7. HOPP Comment. ad Inſtit. h. t. §. 2.

andere für einen von beyden verſchiedenen Vertrag [16]). Die erſtere Meinung iſt wohl die richtigſte. Denn daß der Tauſch ein älterer Contract, als der Kauf, iſt, hat auf die Entſcheidung der gegenwärtigen Frage keinen Einfluß, wie ſchon Ludovici [17]) erinnert hat. Seit Einführung des Geldes hat ſich alles geändert, ſeit der Zeit iſt der Kauf gewöhnlicher, als der Tauſch, und daher jener eher, als letzter im Zweifel zu vermuthen. Das Intereſſe dieſes Unterſchieds beſteht hauptſächlich darin, daß der Tauſch ſofort das Eigenthum überträgt, wenn auch die Gegenleiſtung noch nicht erfolgt iſt, welches hingegen beym Kaufe anders iſt [18]). Bey letzterem geht auch die Gefahr der Sache ſchon vor der Uebergabe auf den Käufer über, aber nicht ſo im Tauſchcontract [19]). Der Unter-

16) Weſtphal vom Kauf. §. 3.

17) Doctrina Pand. h. t. §. 9.

18) Man vergleiche *L. 4. Cod. de rerum permutat.* mit *§. 41. I. de rerum diviſ.* S. *Mich. God.* WERNHER Lectiſſ. Commentation. in Pand. h. t. §. 21.

19) Vergleiche *§. 3. I. h. t.* mit *L. ult. D. de condict. cauſa data cauſa non ſec.* WERNHER c. l. will zwar dieſen Unterſchied nicht anerkennen, und ſetzt die *L. 5. §. 2. D. de praeſcr. verb.* entgegen. Allein dieſe Stelle beweiſt nicht das Gegentheil. Beyde Texte ſind in Beziehung auf den Titel zu erklären, unter welchem ſie ſtehen. Die L. 5. ſagt nur, daß ich nicht mit der actio praeſcriptis verbis auf das Intereſſe klagen kann, wenn im Tauſchcontract die zur Gegenleiſtung verſprochene Sache durch Zufall zu Grunde gegangen iſt. Allein dieſes ſchließt die Zurückforderung des Gegebenen mittelſt der condictio cauſa data cauſa non ſecuta nicht aus, welche mir in der *L. ult. cit.* ausdrücklich geſtattet wird. S. *Ioſ. Fernand. de* RETES Opuſculor. Lib. II. Sect. I. Cap. 3. et 4. (in *Theſ. Meermani.* Tom.

terſchied, daß der Tauſch, als ein ungenannter Contract, ein Reurecht giebt, welches hingegen beym Kauf, als einem genannten Contract, nicht Statt findet, fiel ſchon bey den Römern weg, wenn der Tauſch mittelſt einer Stipulation geſchehen war [20]), und iſt heut zu Tage vollends unpractiſch, da jeder Vertrag ſoviel gilt, als eine römiſche Stipulation.

§. 978.

Erforderniſſe des Kaufpreiſes. 1) Pretium verum.

Der Preis muß jedoch I) wahr und im Ernſt feſtgeſetzt ſeyn, d. i. eine Vergleichung des eigentlichen Werths ausdrücken, ſo daß er nicht nur als ein Kaufpreis gelten kann, ſondern auch dafür angeſehen werden ſoll. Er muß alſo nicht blos zum Schein (dicis cauſa), ſondern in der Abſicht, um einen wirklichen Kauf abzuſchließen, ſeyn feſtgeſetzt worden. Jenes geſchieht, wenn entweder ein ſo geringer Preis beſtimmt worden iſt, der nach dem Verhältniß des Werths der Sache gar nicht als ein Preis gelten kann (unus nummus); oder wenn zwar ein dem Werth der Sache angemeſſener Preis verſprochen worden, des Verkäufers Abſicht aber gleich Anfangs war, daß der vorgebliche Käufer es nie bezahlen, ſondern die Sache umſonſt haben ſolle. In beyden Fällen iſt das Geſchäft kein Kauf, ſondern eine Schenkung [21]).

Nam

Tom. VI. pag. 93. ſqq.) und *Io. Balth. a* WERNHER Select. Obſervat. for. T. II. P. IX. Obſ. 60. nr. 4.

20) *L. 3. Cod. de rer. permutat.* S. *Io. Frid.* WERNHER Diſquiſition. iurid. Collect. II. *Vitebergae 1730.* pag. 14. ſqq.

21) *L. 36. D. h. t. L. 3. L. 9. Cod. eodem. L. ult. D. pro donato. L. ult. Cod. de donat.* S. *Io.* D'AVEZAN Libr. contractuum

Nam plus valet, quod agitur, quam quod ſimulate concipitur. Es treten daher hier die Grundſätze von Schenkungen ein. Z. B. die Nothwendigkeit der gerichtlichen Inſinuation, wenn der Betrag des Werths die Summe von 500 Ducaten überſteigt, ferner die Eigenſchaft der Wiederruflichkeit, wenn das Geſchäft unter Ehegatten geſchloſſen worden iſt [22]). Daß wegen eines blos zum Schein bedungenen Preiſes keine Klage Statt finde, verſteht ſich von ſelbſt [23]). Dadurch wird hingegen das

tractuum II. Tr. I. §. *Ex eo vero* pag. 92. Ueber den Unterſchied zwiſchen Kauf und Schenkung vergleiche man *Io. van* NISPEN Diſſ ad Fragmenta, quae in Dig. ex Her. Modeſtini IX. libris Differentiar. ſuperſunt. Cap. 9. Hatte der Verkäufer nicht die Abſicht zu ſchenken, ſondern der ganze Kauf ward blos zum Schein geſchloſſen, ſo iſt das Geſchäft nichtig. *L. 55. D. h. t.* Nuda et imaginaria venditio, ſagt Paulus, pro non facta eſt. Et ideo nec alienatio eius rei intelligitur. Eine andere Beſchaffenheit hatte es mit der alten Mancipation, welche zwar auch nur, wie Cajus *Inſtitution. Lib. I. Tit. 6.* ſagt, eine imaginaria venditio war; allein zur feyerlichen Form bey mehreren Rechtsgeſchäften vorgeſchrieben war. Man vergleiche hier vorzüglich *Ioſ.* FINESTRES Commentar. in Hermogeniani Epitom. iuris ad L. ult. D. pro donato. p. 593. ſqq. *Ioſ. Fern. de* RETES Miſcellan Lib. I. cap. 18. (in *Meermani Theſ. iur. civ.* Tom. VI. pag 62. ſq.) *Iac.* CONSTANTINAEUS Subtil. Enodation. Lib. I. cap. 15. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iur. Rom.* Tom IV. pag. 508.) POTHIER Pand. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. XXIV. und Weſtphal vom Kauf §. 4. und 5.

22) *L. 34. et L. 36. §. 3. Cod. de donat.* L. 5. §. 5. D. *de donat. int. vir. et uxor.* S. Höpfners Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen §. 870.

23) *L. 9. Cod. h. t.* Si donationis gratia praedii factam venditionem traditio ſequatur: *actione pretii nulla competente*, perficitur donatio.

das Weſen des Kaufs nicht aufgehoben, 1) wenn ich dem Andern die Sache aus Freundſchaft unter dem wahren Werth verkaufe. Man nennt einen ſolchen Kauf einen Freundskauf, venditio *gratioſa* [24]). Das Geſchäft iſt und bleibt hier zwar ein wahrer Kauf, wenn auch der Preis noch nicht einmal die Hälfte des wahren Werths betragen ſollte. Allein der Kauf iſt hier doch kein reiner Kauf, ſondern mit einer Schenkung vermiſcht [25]), welches darum zu bemerken iſt, weil ein ſolcher Kauf angefochten werden kann, ſofern die Geſetze keine Schenkung unter den Contrahenten geſtatten, wie z. B. unter Eheleuten, oder ein Dritter, z. B. der Notherbe wegen des ihm gebührenden Pflichttheils darunter leidet [26]). Daher ſagt **Ulpian** *L.* 38. *D. h. t.* Si quis donationis cauſa minoris vendat, venditio valet. Totiens enim dicimus, in totum venditionem non valere, quotiens univerſa venditio donationis cauſa facta eſt. *Quotiens vero viliore pretio res, donationis cauſa, diſtrabitur, dubium non eſt, venditionem valere.* Hoc inter caeteros: inter virum vero et uxorem donationis cauſa venditio facta pretio

24) S. *Ferd. Chriſtph.* HARPPRECHT Diſp. de venditione gratioſa. *Tübingae 1706.* in EIUS Diſſertat. academ. Vol. I. Diſſ. XXIII. *Io. Bern.* FRIESEN Diſſ. de emtione venditione donationis cauſa. *Ienae 1707.* und *Gottl. Euſeb.* OELTZE Diſſ. qua expenditur quaeſtio: an in venditione gratioſa ius protimiſeos locum habeat? *Ienae 1767.*

25) *L. 18. pr. D. de donat.*

26) *L. 1. §. 12. 13. 14. 15. et 16.* **D.** *Si quid in fraud. patroni. L. 7. D. Quae in fraud. creditor.* S. Weſtphal vom Kauf. §. 153.

pretio viliore, nullius momenti eſt[27]). Es wird jedoch vorausgeſetzt, daß der Verkäufer den Werth der Sache kenne, und auch die Abſicht zu ſchenken auſſer allem Zweifel ſey. Denn auſſerdem gilt auch das minoris emere et vendere unter ſolchen Perſonen, unter denen ſonſt die Geſetze keine Schenkungen geſtatten. Sine dubio, ſagt **Pomponius** *L.* 31. §. 3. *in fin. D. de donat. inter vir. et uxor.* licet a viro vel uxore minoris emere, ſi non ſit animus donandi. 2) War anfangs von einer Abſicht zu ſchenken keine Rede, ſo bleibt der Kauf ein wahrer Kauf, wenn auch in der Folge der Preis dem Käufer ganz oder zum Theil erlaſſen wird[28]). Denn man beurtheilt jeden Contract nach ſeiner anfänglichen Verabredung[29]). So wie nun die Bezahlung des Kaufgeldes nicht zur Perfection des Contracts gehört, ſondern die Convention der Partheyen den Contract zur Richtigkeit bringt[30]), ſo hebt auch die nachherige Erlaſſung des Preiſes das Weſen und die Gültigkeit des geſchloſſenen Contracts nicht auf[31]).

§. 979.

2) Pretium iuſtum.

Der Preis muß auch II. geſetzmäßig ſeyn. Um dieſes gehörig zu beurtheilen, kommt es darauf an, ob der

27) Man ſehe auch *L. 17. pr. D. ad SCtum Vellejan.* *L. 5. §. 5. D. de donat. inter vir. et uxor.*

28) Arg. *L. 5. D. Locati.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 22. Weſtphal vom Kauf. §. 6.

29) *L. 8. D. Mand.* *L. 12. D. de SCto Macedon.* *L. 78. D. de Verbor. obligat.*

30) *L. 2. §. 1. D. h. t.*

31) *L. 9. Cod. h. t.*

der Preis der Waare vom Geſetz beſtimmt iſt, oder blos durch Uebereinkunft der Partheyen feſtgeſetzt wird. In dem erſten Fall darf der vom Geſetz beſtimmte Preis (pretium legale) von dem Verkäufer weder erhöhet noch gemindert werden [32]). Denn über die geſetzliche Taxe muß ſtreng gehalten werden [33]). Hat alſo der Verkäufer dieſe Taxe überſchritten, ſo kann auch der Heller zurückgefordert werden, den der Verkäufer über die Taxe genommen hat [34]). Er darf aber auch die Waare nicht unter dem geſetzlichen Preis weggeben, damit er nicht alle Kundſchaft an ſich ziehe, und den übrigen Kaufleuten den Handel verderbe [35]). Wird der Preis durch Uebereinkunft der Partheyen beſtimmt, (pretium conventionale) ſo iſt er ſo lange für **geſetzmäßig** zu halten, als er keine Ver-

32) Ein Beyſpiel einer ſolchen geſetzlichen Taxe enthält die Verordnung des Kaiſers Juſtinian *L. 1. §. 5. Cod. de communi ſervo manumiſſo* und *L. 3. Cod. Commun. de legatis*, worin der Preis der Sklaven nach ihren mancherley Eigenſchaften geſetzlich beſtimmt iſt. Eben ſo hatte die Lex Sempronia vom Jahre Roms 630. beſtimmt, um welchen Preis das Getreide an die ärmere Volksklaſſe verkauft werden ſollte. S. *Io. Melch. Gottl.* BESECKE Commentat. de frumentaria largitione et Legibus frumentariis. *Mitaviae 1775.* 8. Cap. II. §. 19.

33) Nach *L. 1. Cod. de epiſcop. audient.* und *Cap. 1. X. de emt. et vendit.* iſt es ſogar den Biſchöfen zur Pflicht gemacht, darauf zu ſehen, daß die Kaufleute ihre Waaren nicht übertheuern. Allein heut zu Tage gehört dieſe Sorge für den Policey-Magiſtrat. S. BOEHMERI ius eccleſ. Proteſtant. Tom. II. Lib. III. Tit. 17. §. 9.

34) S. BERGERI Oeconom. iuris Lib. III. Tit. V. §. 6. Not. 4.

35) *Chriſtph. Lud.* CRELL Exercit. iuris de pretio legali. *Vitembergae 1756.* §. IV.

Verletzung über die Hälfte enthält. Denn die Natur des Handels erlaubt es nicht, hier immer eine genaue Gleichheit zwiſchen dem Preis und dem Werthe der Sache zu beobachten. Daher ſagt Paulus *L.* 22. §. 3. *D: Locati.* In emendo et vendendo *naturaliter* [36]) conceſſum eſt, quod pluris ſit, minoris emere; quod minoris ſit, pluris vendere, et ita invicem ſe circumſcribere [37]). Es muß nur freylich der Verkäufer den Käufer nicht etwa durch betrügeriſches Vorgeben beſonderer Eigenſchaften der Sache zu einem theueren Preiſe verleitet haben [38]). Außerdem iſt hier nur der Preis ungerecht, welcher noch nicht einmal der Hälfte des wahren Werths der Sache gleichkommt [39]), wie künftig Tit. V. de reſcindenda venditione weiter ausgeführt werden wird.

§. 980.

3) Pretium certum.

Der Preis muß endlich III. auch gewiß ſeyn. Er wird dieſes entweder 1) durch unmittelbare Beſtimmung der Partheyen, oder mittelbar 2) durch Beziehung auf eine andere Quantität. Z. B. ich verkaufe die Sache um den Markt- oder Ladenpreis, oder welchen der Verkäufer oder ſein Erblaſſer dafür bezahlt hat, oder der Käufer verſpricht ſoviel am Preiſe zu bezahlen, als er noch baares Geld

36) Id eſt, ſecundum naturam et ſubſtantiam huius contractus. S. CRELL cit. Diſſ. §. 3.

37) *L. 13. §. 4. et 5. D. de act. E. et V.*

38) *L. 16. §. 4. D. de minorib. Nov. 97. cap. 1.*

39) *L. 2. et 8. Cod. de reſcind. vendit.*

Geld in ſeinem Kaſten hat, oder ſo hoch er die Sache wieder verkaufen werde. In allen dieſen Fällen iſt der Preis gleich gewiß, wenn nur die Quantität, worauf ſich die Contrahenten bezogen haben, an ſich beſtimmt und gewiß iſt. Denn giebt dieſe, bey geſchehener Unterſuchung, keinen gehörigen Werth an die Hand, ſo zerſchlägt ſich der Handel [40]).

L. 7. §. 1. D. h. t. Huiusmodi emtio: *Quanti tu eum emiſti, quantum pretii in arca habeo*, valet: nec enim incertum eſt pretium tam evidenti venditione; magis enim ignoratur, quanti emtus ſit, quam in rei veritate incertum eſt.

L. 7. §. 2. D. eodem. Si quis ita emerit: *et mihi fundus emtus centum, et quanto pluris eum vendidero*, valet venditio, et ſtatim impletur: habet enim certum pretium, *centum:* augebitur autem pretium, ſi pluris emtor fundum vendiderit.

L. 37. D. eodem. Si quis fundum iure hereditario ſibi delatum ita vendidiſſet, *erit tibi emtus tanti, quanti a teſtatore emtus eſt*; mox inveniatur non emtus, ſed donatus teſtatori: videtur quaſi ſine pretio facta venditio. Ideoque ſimilis erit ſub conditione factae venditioni: quae nulla eſt, ſi conditio defecerit.

Die Contrahenten können 3) die Beſtimmung des Preiſes auch in eines Dritten Ermeſſen ſtellen. Hier kommt es aber darauf an, ob der Dritte eine gewiſſe oder ungewiſſe Perſon iſt. a) Haben die Contrahenten ſich blos dahin vereiniget, daß ein Dritter unpartheyiſcher Sach-

40) S. Weſtphal vom Kauf. §. 150—152.

Sachverſtändiger den Preis beſtimmen ſolle, ohne jedoch einen zu nennen, ſo iſt der Kauf ſo gut, als nicht geſchloſſen. So entſcheidet Cajus beym Pachtcontract, *L.* 25. *pr. D. Locati*, wo er ſagt: Si merces promiſſa ſit generaliter *alieno arbitrio*, locatio et conductio contrahi non videtur; und eben dieſes muß auch beym Kaufcontract gelten, da hierin nach Juſtinians Verordnung *L. ult. Cod. h. t.* in fin. zwiſchen Kauf und Pacht kein Unterſchied ſeyn ſoll [41]). Nur beym Pfandcontract gilt die Verabredung, daß, wenn die Schuld nicht zur beſtimmten Zeit bezahlt ſeyn würde, dem Gläubiger das Pfand für einen ſodann zu beſtimmenden billigen Preis käuflich verbleiben ſolle, als ein bedingter Kauf [42]). Denn hier iſt der Kauf nur als Neben-Contract anzuſehen, und beſteht durch die Gültigkeit des Hauptcontracts [43]). b) Haben hingegen die Contrahenten eine Perſon genannt, welche den Preis beſtimmen ſoll, ſo laſſen ſich wieder zwey Fälle gedenken. 1) Der Dritte will oder kann den Preis nicht beſtimmen. Hier war es unter den alten Römiſchen Rechtsgelehrten ſtreitig, ob dennoch der Kauf gelte, oder ungültig werde [44]). Die Sabi-

41) S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. §. *Dixi.* p. 389. und *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 23.

42) *L. 16. §. ult. D. de pignorib.*

43) NOODT cit. loc. und *Arn.* VINNIUS Comment. ad §. 1. I. h. t. nr. 4.

44) S. NOODT c. l. pag. 390. *Emund.* MERILLIUS Expoſit. in L. Deciſion. Iuſtin. Nr. VII. *Ev.* OTTO Comm. ad §. 1. I. h. t. *Franc.* BROEUS Expoſit. in Iuſt. Inſtitut. ad eund. §. h. t. nr. 2. und *Gotfr.* MASCOV Diatr. de Sectis Sabinianor. et Proculianor. Cap. IX. §. 6. pag. 188.

Sabinianer behaupteten, der Kauf beſtehe dennoch. Denn es komme ja hier nur auf ein billiges Ermeſſen an, dieſes könnte jeder andere Sachverſtändiger ergänzen. Man müſſe alſo annehmen, die Contrahenten hätten die Beſtimmung des Preiſes mehr auf das arbitrium boni viri, als gerade auf das Ermeſſen desjenigen geſtellt, den ſie genannt haben. Sie läugneten daher, daß ein ſolcher Kauf bedingt geſchloſſen ſey; ſie läugneten, daß hier der Preis ungewiß ſey, quia nec mora nec conditio ineſt viri boni arbitrio[45]). Spuren dieſer Meinung äuſſern ſich *L. 7. h. t.* und *L. 22. §. 1. D. de div. reg. iuris.* Anderer Meinung waren die Prokulianer. Dieſe hielten den Kauf, du ſollſt die Sache für den Preis bekommen, den Titius beſtimmen wird, für einen bedingten, deſſen Bedingung nicht erfüllt ſey, wenn Titius den Preis nicht hätte beſtimmen wollen, oder können. Der Kauf ſey alſo nichtig eben ſo, als wenn gar kein Preis beſtimmt worden. Spuren dieſer Meinung finden ſich *L. 75. D. Pro ſocio. L. 25. D. Locati.* Juſtinian hat dieſe Controvers nach der Meinung der Prokulianer entſchieden *L. ult. Cod. h. t.* welche folgendergeſtalt lautet. Super rebus venundandis, ſi quis rem ita comparaverit, ut res vendita eſſet, *quanti Titius aeſtimaverit*, magna dubitatio exorta eſt multis antiquae prudentiae cultoribus, quam decidentes ſancimus, cum huiusmodi conventio ſuper venditione procedat, quanti ille aeſtimaverit, ſub hac conditione ſtare venditionem, ut ſiquidem ipſe, qui nominatus eſt, pretium definierit, omnimodo ſecundum aeſtimationem eius, et pretia

45) *L. 1. §. 1. D. de legat. 2.*

tia perſolvi, et venditionem ad effectum pervenire, ſive in ſcriptis ſive ſine ſcriptis contractus celebretur: ſcilicet ſi huiusmodi pactum, cum in ſcriptis fuerit redactum, ſecundum noſtrae legis definitionem per omnia completum et abſolutum ſit. *Sin autem, vel ipſe noluerit, vel non potuerit pretium definire: tunc pro nihilo eſſe venditionem, quaſi nullo pretio ſtatuto*: nulla conjectura (immo magis divinatione) in poſterum ſervanda, utrum in perſonam certam, an in boni viri arbitrium reſpicientes, contrahentes ad haec pacta venerint: quia hoc penitus impoſſibile eſſe credentes, per huiusmodi ſanctionem expellimus. Quod etiam in huiusmodi locatione locum habere cenſemus. 2) Hat hingegen der Dritte den Preis beſtimmt, ſo müſſen ſich die Contrahenten dieſe Schätzung gefallen laſſen, und der Kauf muß darnach vollzogen werden. Wie aber, wenn der Dritte einen unbilligen Preis beſtimmt haben ſollte? Faſt ſollte man glauben, daß nach den Worten der angeführten Verordnung: *omnimodo* ſecundum eius aeſtimationem et pretia perſolvi, et venditionem ad effectum pervenire, ſancimus, hierauf gar keine Rückſicht genommen werden ſolle. Es ſoll ja auch kein arbitrium boni viri den Mangel der Entſcheidung erſetzen, wenn der Dritte den Preis nicht beſtimmt hat; wie ſollte alſo die wirklich erfolgte Schätzung des Dritten durch ein herbeygezogenes arbitrium boni viri wieder aufgehoben, und der auf ſolche Art zur Perfection gekommene Contract wieder vernichtet werden können? Allein alle dieſe Zweifel hat ſchon Gerhard Noodt [46]) hinlänglich gehoben. Es war nicht Juſtinians

46) Commentar. ad Dig. h. t. §. *Altera quaeſtio.* pag. 390. ſq.

nians Abſicht, dieſe Frage hier zu entſcheiden. Es läßt ſich daher auch nicht annehmen, daß er die hierauf ſich beziehenden ältern Verordnungen des röm. Rechts durch ſeine Verordnung, welche nur eine alte Controvers unter den römiſchen Juriſten entſcheiden ſollte, habe aufheben wollen. Der Arbitrator tritt hier an die Stelle der Partheyen. Es kann daher die von demſelben geſchehene Schätzung keine andere Wirkung haben, als wenn der Preis durch Uebereinkunft der Partheyen wäre beſtimmt worden. Sofern alſo in dieſem Falle die Contrahenten ſich über erlittene Verletzung beſchweren können, muß ihnen auch ein gleiches Recht zuſtehen, wenn ſie durch die Schätzung eines Dritten verletzt worden ſind. Denn ihre Abſicht war gewiß keine andere, als daß der Dritte einen billigen Preis beſtimme. Es braucht auch nicht einmal immer eine Verletzung über die Hälfte vorhanden zu ſeyn, wenn der Würderer einer Beſtechung oder ſonſtigen Colluſion mit dem einen Theile überführt werden kann [47]). Die Regel, welche Paulus *L.* 79. *D. pro ſocio* giebt: Si arbitrium ita pravum eſt, ut manifeſta iniquitas eius appareat; corrigi poteſt per iudicium bonae fidei, findet daher hier allerdings Anwendung, da ſie Paulus nicht blos beym Societäts-Contract, ſondern auch *L.* 77. *D. eodem* auf den Miethcontract anwendet. Da übrigens der Kauf in dem Falle, wo ein Dritter den Preis beſtimmen ſoll, von der Bedingung, daß dieſe Schätzung annoch erfolge, abhängt, ſo iſt zwar der

47) S. HUBERI Praelect. iur. civ. ad Inſtitut. h. t. §. 6. Thibaut Syſt. des P. Rechts 1. B. §. 155. S. auch den 6. Th. dieſes Commentars §. 475.

der Kauf bis dahin in Abſicht auf das Object noch unvollkommen; es iſt jedoch jeder Contrahent verbunden, dieſe Würderung abzuwarten, und kein Theil darf alſo von dem Contract zurücktreten. Verſchieden davon iſt der Fall, wenn die Beſtimmung des Preiſes in die Willkühr eines der Contrahenten geſtellet wird, z.B. der Verkäufer ſagt zum Käufer, gieb mir für die Sache, ſo viel du willſt, oder was du für billig hältſt, oder ſo viel du glaubſt, daß die Sache werth ſey. Hier iſt der Handel unverbindlich. Denn er könnte ja von der einen Parthey nach Willkühr unnütz gemacht, und der andere Theil nach Belieben herumgeführt werden. Cajus ſagt dieſes auch ausdrücklich *L.* 35. *§.* 1. *D. h. t* Illud conſtat, *imperfectum eſſe negotium*, cum emere volenti ſic venditor dicit: *Quanti velis*, *quanti aequum putaveris*, *quanti aeſtimaveris*, *habebis emtum.* Hierzu kommt, was die Kaiſer **Diocletian** und **Maximian** *L.* 13. *Cod. h. t.* reſcribirt haben: In vendentis, vel ementis voluntatem collata conditione comparandi, quia non adſtringit neceſſitate contrahentes, *obligatio nulla eſt*; idcirco dominus invitus ex huiusmodi conventione rem propriam, vel quilibet alius diſtrahere non compellitur. Gleichwohl ſind viele Rechtsgelehrten[48]) anderer Meinung. Sie halten den Kauf auch in dieſem Falle für gültig. Wenn nämlich der

48) *Gerh.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. *§ Oportet.* pag. 388 ſq. *Barth.* CHESIUS Interpretat. iuris Lib. II. cap. 20 nr. 8 — 10. *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XIII. cap. 1. §. *Quid tamen.* *Ge. Ad.* STRUV Evolution. controverſiar. iuris. h. t. Th. 19. und HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 1905. not. b.

der Käufer ſich zu keinem billigen Preiſe verſtehen wolle, ſo trete das arbitrium boni viri ein, und der Preis ſey nach der Billigkeit zu beſtimmen. Man beruft ſich auf den Ausſpruch **Ulpians**, welcher *L.* 22. §. 1. *D. de div. reg. iur.* ſagt: Generaliter probandum eſt, ubicunque in bonae fidei iudiciis confertur in arbitrium domini vel procuratoris eius conditio, *pro boni viri arbitrio hoc habendum eſſe.* Nach dieſer Meinung ſoll alſo **Cajus** in der oben angeführten Geſetzſtelle blos vom dem Falle zu verſtehen ſeyn, wenn der Käufer die ihm angebotene Bedingung des Kaufs nicht angenommen hat. *Imperfectum eſſe negotium* heiße alſo hier nicht ſoviel, das Geſchäft ſey ungültig, ſondern die Perfection deſſelben hänge von der Bedingung ab, daß die Beſtimmung des Preiſes noch erfolge. Nun glaube ich zwar ſelbſt, daß der Handel dadurch gültig werde, wenn ſich der Käufer zu einem billigen Preiſe verſteht. Allein daß in dem entgegengeſetzten Falle ein arbitrium boni viri eintrete, und dadurch der Handel ſeine Perfection und Verbindlichkeit erhalten könne, ſtreitet offenbar gegen die *L. ult. Cod. h. t.* nach welcher der Mangel des eigenen Ermeſſens desjenigen, dem die Beſtimmung des Preiſes überlaſſen worden iſt, durch kein arbitrium boni viri ergänzt werden, ſondern der ganze Handel nicht gelten ſoll, weil es hier an einem weſentlichen Erforderniß des Kaufs, nämlich an der Beſtimmung des Preiſes, fehlt. Durch dieſe neuere Verordnung iſt daher, wie auch **Gothofredus**[49]) ganz richtig bemerkt, der *L.* 22. §. 1. *D. de reg. iur.* derogirt worden.

49) Commentar. in Tit. Pand. de div. reg. iuris. ad L. 22. §. 1. cit. pag. 97.

den. Mit mir ſtimmen hierin die meiſten Rechtsgelehrten überein [50]).

§. 981.

Beſtimmung des Preiſes bey ſolchen Sachen, die aus mehreren Quantitäten beſtehen.

Werden Sachen verkauft, die aus mehreren Quantitäten beſtehen, es ſeyen fungible, oder auch nicht fungible, z. B. Aecker, die aus mehreren Hufen Landes beſtehen, ſo kann der Preis auf zweierley Art beſtimmt werden. 1) Es wird für jede einzelne Quantität ein Preis beſtimmt. Dies heißt ein Kauf nach Zahl, Maas oder Gewicht, *emtio* oder *venditio ad menſuram.* 2) Es wird nur ein Preis überhaupt für das Ganze bedungen. *Emtio per averſionem* [51]), *venditio ad corpus*, ein

 Kauf

50) *Iac.* CUJACIUS Recitat. ſolemn. ad h. Tit. Cod. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 35. §. 1. D. h. t. *Io.* D'AVEZAN Contractuum lib. II. Tract. 1. §. *Quidſi.* p. 91. ſq. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 23. in fin. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. ſec. ord. Dig. h. t. §. 40. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 49. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 24. *Car. Frid.* WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. III. cap. IV. membr. IV. §. 11. Weſtphal vom Kauf §. 147. und GÜNTHER Princip. iuris Rom. Tom. II. §. 956. not. k.

51) *L. 62. §. 2. D. h. t. L. 4. §. 1. D. de periculo et comm. rei vend.* Einige wollen in dieſen Stellen ſtatt *averſione* lieber *adverſione* leſen, z. B. ALCIATUS Parergor. iuris Lib. VI. cap. 28. und *Henr. a* SUERIN Repetitar. Lection. iuris civ. cap. 28. (in *Theſ. Otton.* Tom. IV. pag. 45.) Allein es iſt kein Grund vorhanden, von der Florentiniſchen Leſeart abzugehen. S. *Guil.* BEST Ratio emendandi leges. Cap. VIII. §. 4.

Wie

Kauf in Bauſch und Bogen. In dem erſtern Falle muß der Käufer für ſoviel Quantitäten den Preis bezahlen, als ſich bey der Zuzählung oder Zumeſſung finden. Fin-

Wie man ſich aber dieſe Benennung recht erklären ſolle, iſt unter den Rechtsgelehrten ſehr ſtreitig. Man vergleiche *Iac.* CUJACIUS Obſervat. Lib. VIII. cap. 15. *Ant.* AUGUSTINUS Emendation. Lib. III. cap. 6. *Iac.* RAEVARDUS Varior. Lib. II. cap. 7. *Franc.* CONNANUS Commentar. iur. civ. Lib. VII. cap. 10. *Em.* MERILLIUS Obſervation. Lib. VI. cap. 25. *Ulr.* HUBER Digreſſion. Iuſtin. P. II. Lib. II. cap. 8—11. und *Car. Andr.* DUCKER Opuſc. de Latinitate ICtor. veterum. pag. 437. Die meiſten leiten dieſes Wort von *avertere* her, und erklären den Namen *emtio per averſionem* daher, weil der Verkäufer durch einen ſolchen Kaufhandel ſogleich alle Gefahr von von ſich abwende, und auf den Käufer übertrage. Allein dieſes geſchiehet ja auch, wenn eine einzelne Sache gekauft wird, und das Object ſo beſtimmt iſt, daß es auf kein weiteres Zumeſſen oder Zuzählen ankommt. Daher ſagt auch Cajus *L. 35. §. 5. D. h. t.* Si omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum, quantumcunque eſſet, *uno pretio* venierit, idem iuris eſt, quod in caeteris rebus. Es läßt ſich alſo wohl auf dieſe Art jene Benennung nicht erklären. POTHIER in Pand. Iuſtin. T. I. Lib. XVIII. Tit. 6. Nr. XI. not. a. ſagt: Venditio fieri dicitur *averſione*, quaſi ab averſis, id eſt, parum attente conſiderantibus. Ich übergehe andere Erklärungen, die noch unwahrſcheinlicher ſind, und bemerke nur noch, daß die Griechen in den Baſiliken den lateiniſchen Ausdruck verſchiedentlich überſetzen, bald ἐν ὁμάδι, id eſt, *in univerſo*, bald durch κόττῳ i. e. *alea*, auf gut Glück kaufen. Es läßt ſich alſo hierüber durchaus nichts mit einiger Wahrſcheinlichkeit beſtimmen. Auſſer den Römiſchen Juriſten haben die klaſſiſchen Auctoren dieſen Ausdruck in der hier vorkommenden Bedeutung nicht gebraucht.

Findet ſich eine größere Quantität, als der Verkäufer angegeben hatte, ſo muß der Käufer nachzahlen. Findet ſich hingegen eine geringere Zahl, ſo bezahlt er am Kaufgeld ſoviel weniger, als der Defect beträgt[52]). So lehrt Paulus *L.* 40. §. 2. *D. h. t.* Qui agrum vendebat, dixit, *fundi iugera decem et octo eſſe: et quod eius admenſum erit, ad ſingula iugera certum pretium ſtipulatus erat:* viginti inventa ſunt. Pro viginti debere pecuniam reſpondit. In dem andern Falle hingegen, wenn der Kauf in Bauſch und Bogen geſchloſſen worden iſt, zahlt der Käufer nicht mehr, als das verſprochene Kaufgeld: der Verkäufer liefert aber auch nicht mehr, als das Ganze beträgt, es enthalte mehr oder weniger, als der Käufer erwartet hatte[53]). Es wäre denn, daß der Verkäufer eine gewiſſe Zahl von Quantitäten angegeben hätte. Dieſe muß er alsdann gewähren, er mag ſich beſtimmt dazu anheiſchig gemacht haben, oder nicht. Findet ſich nun bey der Ausmeſſung dieſe Zahl nicht, ſo geht vom Kaufgelde verhältnißmäßig ſo viel ab, als das Fehlende beträgt. Findet ſich hingegen mehr, ſo iſt dieſes ein Vortheil für den Käufer, wofür er nichts nachzahlen darf. Der Unterſchied, den hier viele[54]) machen, ob eine Zahl von

52) S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 33.

53) S. Joh. Chriſt. von Quiſtorp rechtliche Bemerkungen 2. Th. Bem. 21.

54) Auſſer unſerm Verfaſſer ſ. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 31. et 32. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCVI. medit. 6. et 7. Weſtphal vom Kauf §. 163. Höpfner Commentar über die Inſtitutionen §. 869. Thibaut Syſtem des Pand. R. 1. Band §. 156. LUDOVICI in Uſu pract. Diſtinction. iuridicar. h. t. Diſt. 4. unterſcheitet ſogar

von Quantitäten blos beyläufig, als ohngefähre Schätzung, (*demonſtrative ſ. demonſtrationis gratia*) angegeben, oder ob ſie als gewiß vorhanden verſichert worden ſey, (*reſtrictive ſ. modificative ſ. taxationis gratia*), iſt in den Geſetzen nicht gegründet. Dieſe wollen ſchlechthin, daß der Verkäufer das präſtire, was er geſagt hat. Folgende Geſetzſtellen werden uns hiervon überzeugen.

L. 2. pr. D. de act. E. et V. Si in emtione modus dictus eſt, et non praeſtatur, ex emto eſt actio.

L. 4. §. 1. D. eodem. Si modus agri minor inveniatur, pro numero iugerum auctor obligatus eſt.

L. 6. pr. D. eodem. Tenetur ex emto venditor, etiamſi agnoverit [55]), minorem fundi modum eſſe.

L. 38.

gar zwiſchen emtio *demonſtrative*, *reſtrictive* und *modificative* facta. Erſtere nennt er diejenige, da zuerſt des Ganzen Erwähnung geſchehen, und blos beyläufig eine Quantität angegeben worden iſt. Z. B. Es verkauft A. dem B. allen in ſeinem Keller vorjetzt befindlichen Wein, welcher etwa 12. Eymer austragen wird. Die andere, wenn gleich Anfangs auf eine beſtimmte Quantität gehandelt worden. Z. B. es verkauft A. dem B. 12. Eymer Wein, welche ihm aus ſeinem Keller geliefert werden ſollen. Die letztere, wenn ſich beym Verkaufe des Ganzen der Verkäufer zu einem gewiſſen Maaſe verpflichtet hat. Z. B. er ſtehe dafür, daß der verkaufte Wein zum wenigſten 12. Eymer betrage.

55) So lieſet die Taurelliſche Ausgabe. Haloander und Baudoza hingegen leſen *ignoraverit*. Eben ſo Cod. Pand. Erlang. Dieſer Leſeart giebt auch POTHIER in Pandect. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. LXVIII. not. a. den Vorzug. *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad h. L. hat ſie gleichfalls als die richtige Leſeart angenommen. Allein Bynkershök in der Göttingi-

L. 38. pr. D. eodem. Si venditor hominis dixit, *peculium eum habere decem, nec quemquam ademturum*: et ſi plus habet, totum praeſtet; niſi hoc actum eſt, ut duntaxat decem praeſtaret: *ſi minus eſt, praeſtet eſſe decem*, et talem ſervum eſſe, ut tantum peculii habeat.

L. 69. §. 6. D. de evict. In fundo vendito *cum modus pronunciatus deeſt*, ſumitur portio ex pretio: quod totum colligendum eſt ex omnibus iugeribus dictis [56]).

Mit Recht haben daher auch **Cocceji** [57]) und **Pufendorf** [58]) jenen Unterſchied verworffen. Zwar ſcheint die *L. 13. §. 14. D. de act. emti et vend.* zu widerſtreiten. Hier ſagt **Ulpian**: Si Titius fundum, in quo nonaginta iugera erant, vendiderit, et in lege emtionis dictum eſt, *in fundo centum eſſe iugera*, et, antequam modus manifeſtetur, decem iugera alluvione adcreverint, placet mihi NERATII ſententia exiſtimantis, ut, ſi

tingiſchen Ausgabe des Corpus iuris vertheidiget die florentiniſche Leſeart, und *Balth.* BRANCHU hat in Obſervation. ad ius Rom. Dec. I. Cap. 10. gezeigt, daß hier *agnoſcere* für ignorare gebraucht ſey. Denn *agnoſco* ſey verſchieden von *adgnoſco*. Jenes habe hier eine negative Bedeutung.

56) Die hier anzuſtellende Berechnung des Preiſes der einzelnen Quantität nach dem Preiſe des Ganzen beweiſet, daß der Kauf ein Averſionalhandel war. WAECHTLER in Opuſcul. iurid. pag. 166. erläutert dieſe Stelle auf folgende Art. Si fundus 50 iugerum emtus ſit 100. aureis, et tantum 40. iugera reperiantur, pro 20 aureis tenebitur venditor. Quod enim ſunt 10. iugera in modo fundi, qui dictus eſt, id ſunt 20. aurei in pretio, quod conventum eſt.

57) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 8.

58) Obſervat. iuris univ. Tom. I. Obſ. CXXXII. §. 3. et 4.

ſi quidem ſciens vendidit, ex emto actio competat adverſus eum, quamvis decem iugera adcreverint: quia dolo fecit, nec dolus purgatur. Si vero ignorans vendidit, ex emto actionem non competere. Nach dieſem Geſetz ſcheint es nämlich, als ob der Verkäufer für das, was bey einem Averſionshandel an der angegebenen Zahl von Quantitäten fehlt, anders nicht haften dürfe, als wenn ihm ein Dolus zur Laſt fällt. Allein ſo iſt es dennoch nicht. Das Grundſtück hatte hier durch Alluvion einen Zuwachs erhalten, ehe es noch ausgemeſſen war. Hierdurch ward zwar das Fehlende hinlänglich erſetzt. Allein der Verkäufer konnte es doch dem Käufer nicht anrechnen, wenn er betrüglich eine größere Hufenzahl angegeben hatte, als der Acker enthielt. Er mußte hier ſogar ehemals das Doppelte vergüten [59]). Befand er ſich hingegen bey der angegebenen Zahl in einem Irrthum, ſo war nun durch den Zuwachs alles wieder gut gemacht. Denn dieſe Acceſſion kann der Verkäufer darum anrechnen, weil der Verkauf vor der Zumeſſung noch nicht purificirt war, folglich ihm der Vortheil noch zu ſtatten kam. Hieraus folgt aber nicht, daß der Verkäufer auch dann nichts hätte vergüten dürfen, wenn ſich nicht alles ſo, wie hier, gefügt hätte. Denn die Unwiſſenheit

59) PAULUS *Sententiar. Receptar. Lib. II. Tit. 17. §. 4.* Diſtracto fundo, ſi quis de modo mentiatur, *in duplo eius, quod mentitus eſt*, officio iudicis aeſtimatione facta convenitur. Dieſe Strafe fällt aber nach dem Juſtinianeiſchen Rechte weg. S. CUJACIUS ad h. loc. und SCHULTING Iurisprud. Antejuſt. pag. 293. not. 9.

ſenheit des Verkäufers kann nur ihm, aber nicht dem Käufer ſchaden [60]).

Iſt übrigens auf Maas, Zahl oder Gewicht gehandelt worden, ſo iſt zwar der Handel in Rückſicht der Einwilligung gleich verbindlich. Kein Theil darf ſich daher den Kauf gereuen laſſen, ſobald die Contrahenten über den Preis einig ſind. Nur in Anſehung des Gegenſtandes erhält der Kauf erſt durch die Zumeſſung oder Zuzählung ſeine Perfection, ſo daß nun erſt die Gefahr auf den Käufer übergeht [61]), wie aus folgenden Geſetzſtellen erhellet.

L. 35. §. 5. *D. h. t.* In his, quae pondere, numero, menſurave conſtant, (veluti frumento, vino, oleo, argento) modo ea ſervantur, quae in caeteris, ut *ſimul atque de pretio convenerit*, *videatur perfecta venditio*: modo ut, etiamſi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur *perfecta* venditio, *quam ſi admenſa, adpenſa adnumeratave ſint.*

L. 10. §. 1. *D. de periculo et comm. rei vend.* Fundi nomine emtor agere non poteſt, cum prius, *quam menſura fieret*, inundatione aquarum, aut chasmate, aliove quo caſu pars fundi interierit.

Bey

60) *L.* 1. §. 2. *D. de aedilit. edicto.* *L.* 11. §. 7. *D. de act. E. et V.* S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 6. pr. et L. 13. §. 14. D. de act. emti et vend. und *Ulr.* HUBERI Eunom. Rom. ad eund. L. 13. pag. 696. ſq.

61) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 35. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 24. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1903. in fin.

Bey einem Averſionshandel hingegen geht die Gefahr gleich auf den Käufer über, ſobald beyde Theile über die Waare und den Preis einig ſind. Denn ſobald dieſes geſchehen iſt, hat das Geſchäft ſeine Perfection erreicht. Nur dann kommt es noch auf eine Ausmeſſung an, wenn der Verkäufer eine Quantität angegeben haben ſollte. Denn da der Verkäufer dann auch dieſe gewähren muß, ſo hängt die Richtigkeit des Handels noch von der ſtillſchweigenden Bedingung ab, wenn ſich bey der Zumeſſung alles richtig finden wird. Hierher gehören folgende Geſetzſtellen.

L. 35. §. 5. *D. h. t.* Nam ſi omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum, quantumcunque eſſet, *uno pretio* venierit: idem iuris eſt, quod in caeteris rebus. Quod ſi vinum ita venierit, ut in ſingulas amphoras; item oleum, ut in ſingulas metretas; item frumentum, ut in ſingulos modios: item argentum, ut in ſingulas libras certum pretium diceretur: quaeritur, quando videatur emtio perfici. Quod ſimiliter ſcilicet quaeritur et de his, quae numero conſtant, ſi pro numero corporum pretium fuerit ſtatutum. SABINUS et CASSIUS tunc perfici emtionem exiſtimant, cum adnumerata, admenſa, appenſave ſint: quia venditio quaſi ſub hac conditione videtur fieri, ut in ſingulas metretas, aut in ſingulos modios, quos quasve admenſus eris: aut in ſingulas libras, quas appenderis: aut in ſingula corpora, quae adnumeraveris.

L. 35. §. 6. *D. eodem.* Ergo et ſi grex venierit, ſiquidem univerſaliter uno pretio, *perfecta videtur*, poſtquam de pretio convenerit: ſi vero in ſingula cor-

corpora certo pretio, eadem erunt, quae proxime tractavimus.

L. 4. §. 1. D. de periculo et comm. rei venditae. Si *averſione* vinum venit, cuſtodia tantum praeſtanda eſt. Ex hoc apparet, ſi non ita vinum venit, ut deguſtaretur, — *omne periculum ad emtorem pertinere.*

L. 62. §. 2. D. h. t. Res *in averſione* emta, ſi non dolo venditoris factum ſit, *ad periculum emtoris pertinebit:* etiam ſi res adſignata non ſit.

§. 982.

Arrha, Angeld, Handgeld.

Bey Schließung eines Kaufs iſt es ſehr gewöhnlich, daß ein Theil dem andern Etwas giebt zum Zeichen und Beweis, daß der Handel abgeſchloſſen ſey, oder noch erſt völlig abgeſchloſſen werden ſolle. Man nennt dieſes ein Angeld, Handgeld, Angabe, Daraufgabe, auch Haftgeld, oder Haftpfennig, *arrha*[62]). Zur Perfection des Contracts iſt dieſes keinesweges nöthig, ſondern es dient nur zum Beweis. Emtio et venditio, ſagt Juſtinian *Pr. I. h. t.* contrahitur, ſimulatque de pretio convenerit: quamvis ne *arrha* quidem data fuerit. Nam quod *arrhae nomine* datur, *argumentum eſt emtionis et venditionis contractae.* Es wird auch das Handgeld nicht

62) S. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Tr. de arrha. *Tüb. 1657. Chriſt.* THOMASII Diſſ. de arrhis emtionum. *Halae 1702. Frid. Ulr.* PESTEL Diſſ. de arrha contractibus vulgo adiici ſolita. *Rintelii 1735. Io. Hartw.* REUTER Diſſ. de arrha, pacto imperfecto, data. *Halae 1747.* DREYER Differentiae iuris Rom. et Germ. in arrhis emtionum. *Kilonii 1747.*

nicht blos beym Kaufcontract gegeben, ſondern es kommt auch bey andern Contracten vor. Man kann daher im Allgemeinen ſagen, ARRHA ſey dasjenige, es beſtehe in Geld oder Geldeswerthe [63]), was man ſeinem Paciſcenten zum Zeichen eines mit ihm abgeſchloſſenen, oder noch abzuſchlieſſenden Vertrags giebt [64]). Die arrha wird nun alſo entweder gegeben, ehe noch der Contract zu ſeiner Perfection gekommen iſt, oder nach völlig abgeſchloſſenem Contract. In jenem Falle wird ſie *arrha pacto imperfecto data*, im andern *arrha pacto perfecto data* genennt [65]). Der Unterſchied beſteht nach dem Juſtinianeiſchen Rechte darin. 1) Iſt das Handgeld als Zeichen eines zwar ſchon verabredeten, aber noch nicht vollkommen verbindlichen Contracts gegeben worden, z. B. im Falle eines bedingten Kaufs, ehe noch die Bedingung erfüllt iſt, oder im Falle der Contract ſchriftlich geſchloſſen werden ſoll, ehe noch die Schrift aufgeſetzt, und von beyden Theilen unterſchrieben iſt; ſo verliert der Con-

63) Die Römer pflegten häufig auch einen Ring zur arrha zu geben, wie aus *L. 11. §. 6. D. de action. emti et vend.* erhellet. Si *annulus*, ſagt daſelbſt Ulpian, datus ſit arrhae nomine. S. auch *L. 5. §. 15. D. de inſtit. act.* Man behauptet, daß auch ſogar unbewegliche Sachen eben ſowohl zur arrha dienen, als ſie verpfändet werden können. S. LAUTERBACH cit. Diſſ. Th. 60.

64) GÜNTHER in Princip. iur. Rom. privati noviſſ. Tom. II. §. 941. ſagt ſehr richtig: ARRHAE nomine venit, quod datur quaſi ſignum obligationis pactitiae.

65) Ohne Grund hat THOMASIUS in Diſſ. cit. dieſe Eintheilung beſtritten. Er iſt desfalls ſchon vom REUTER cit. Diſſ. §. 27. und beſonders von *Car. Adolph.* LIMMER in Comm. de arrhis emtionum imperfectarum. *Goettingae 1767.* zur Genüge widerlegt worden.

Contrahent, welcher ſich weigert den Contract zur Richtigkeit zu bringen, die gegebene arrha, und hat er von dem andern Theile eine ſolche empfangen, ſo muß er, wenn er ſelbſt keine gegeben hat, die empfangene arrha doppelt erſtatten, wenn es auch gleich nicht ausdrücklich verabredet worden iſt [66]).

L. 17. *Cod. de fide inſtrumentor.* Illud etiam adiicientes, ſagt Juſtinian, ut in poſterum, ſi quae arrae *ſuper facienda emtione* cuiuscunque rei datae ſunt, ſive in ſcriptis, ſive ſine ſcriptis: licet non ſit ſpecialiter adiectum, quid ſuper iisdem arrhis non procedente contractu fieri oporteat, tamen et qui vendere pollicitus eſt, venditionem recuſans, *in duplum* eas reddere cogatur, et, qui emere pactus eſt, ab emtione recedens, datis a ſe arris cadat, repetitione earum deneganda.

Pr. I. h. t. In iis autem, quae ſcriptura conficiuntur, non aliter perfectam eſſe venditionem conſtituimus, niſi et inſtrumenta emtionis fuerint conſcripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem ſcripta, a contrahentibus autem ſubſcripta. — Donec enim aliquid deeſt ex his: et poenitentiae locus eſt, et poteſt emtor vel venditor ſine poena recedere ab emtione et venditione. Ita tamen impune eis recedere concedimus, *niſi iam arrharum nomine aliquid fuerit datum:* hoc enim ſubſequuto, ſive in ſcriptis, ſive ſine ſcriptis, venditio celebrata eſt, is, *qui* recu-

66) S. *Ant.* FABER de errorib. Pragmaticor. Dec. XCVI. Err. 6. et 7. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Caetera.* pag. 386. Den heutigen Gebrauch dieſer Grundſätze des Röm. Rechts vertheidiget mit Recht LAUTERBACH cit. Diſſ. Th. 104.

recuſat adimplere contractum, ſi quidem eſt emtor, *perdit quod dedit*; ſi vero venditor, *duplum reſtituere compellitur*, licet ſuper arrhis nihil expreſſum eſt.

Wird nun im Falle eines noch nicht vollkommen abgeſchloſſenen Vertrags eine arrha gegeben, ſo entſteht daraus ein eigener von dem Hauptvertrage ganz verſchiedener Vertrag, welcher *pactum arrhale* genennt wird. Dieſer Vertrag iſt an ſich ein verbindlicher Vertrag. Zwar wird dadurch das Weſen des Hauptvertrages nicht geändert. Dieſer wird dadurch nicht klagbar. Allein aus dem pacto arrhali entſpringt die alternative Verbindlichkeit, entweder den Hauptvertrag zu Stande zu bringen, oder ſich der geſetzlichen Strafe zu unterwerfen. Aus dieſem Vertrage entſpringt daher auch eine perſönliche Klage wider denjenigen, welcher die Vollendung des Haupthandels verweigert, auf Herausgabe der doppelten arrha.

L. 3. *Cod. de action. Emti et Vend.* Ex *arrhali pacto* perſonalis duntaxat actio paciſcentibus praeparatur.

Es verſteht ſich, daß dieſe Klage nicht die aus dem Kaufcontract entſpringende actio emti oder venditi ſeyn könne. Denn dieſe Klagen werden erſt durch die Erfüllung des Contracts begründet; ſondern es iſt die *condictio ex Lege* 17. *Cod. de fide inſtrumentor* [67]) wodurch nur der eigentlichen Contractsklage der Weg gebahnt wird, wie hier durch das Wort *praeparatur* angedeutet werden ſoll [68]).

Wird

67) S. REUTER Diſſ. cit. §. 19. et §. 42. et 43. und PESTEL cit. Diſſ. §. 16.

68) S. *Em.* MERILLIUS Obſervation. Lib. VII. cap. 37. und Weſtphal vom Kauf. §. 668. Anders erklärt die L. 3. *Ant.* FABER de Erroribus Pragmaticor. Dec. 96. Err. 5.

Wird die Vollendung des Contracts durch zufällige Umſtände gehindert, ohne daß dem einen oder dem andern Theile eine Schuld dabey zur Laſt fällt; ſo findet keine Strafe Statt, ſondern die gegebene arrha kann mit der condictio ſine cauſa zurückgefordert werden [69]).

II. Iſt hingegen ein Handgeld gegeben worden, nachdem der Handel vollkommen abgeſchloſſen war, ſo dient es zum Beweis, daß der Contract nun eine unumſtößliche Verbindlichkeit habe. Es iſt daher nun keinem Theile weiter erlaubt, von dem Kaufe wieder abzutreten, wenn er auch das Doppelte erſtatten wollte [70]).

L. 35. *pr. D. h. t.* Quod ſaepe *arrhae* nomine pro emtione datur, non eo pertinet, quaſi ſine arrha conventio nihil proficiat: *ſed ut evidentius probari poſſit, conveniſſe de pretio.*

L. 6.

69) S. LAUTERBACH Diſſ. cit. Th. 135. et 137. und REUTER Diſſ. cit. §. 44.

70) Anderer Meinung iſt zwar die Gloße ad pr. I. h. t. der auch SALICETUS, *Io.* SICHARD und BRUNNEMANN ad L. 17. Cod. de fide inſtrum. beyſtimmen. Allein BACHOV ad *Treutlerum* Vol. I. Diſputat. XXVIII. Th. 8. lit. B. und PESTEL cit. Diſſ. §. 4—7. haben die Richtigkeit der Gründe dieſer Meinung ganz klar vor Augen geſtellt. Zwar hat LEYSER in Meditat. ad Pand. Vol. IV. Spec. CCIV. medit. 1. jene Meinung in Schutz genommen. Allein man ſehe MÜLLER Obſervat. pract. ad *Leyſerum* Tom. II. Faſc. II. Obſ. 424. und der Gebr. Overbeck Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien. 6. Band Meditat. 343. Man vergleiche auch WALCH Introduct. in controv. iuris civ. Sect. III. cap. IV. membr. IV. Subſ. I. §. 16.

L. 6. Cod. de reſc. vendit. Non eſt probabilis cauſa, propter quam reſcindi conſenſu factam venditionem deſideras. Quamvis enim duplum offeras pretium emtori: tamen invitus ad reſcindendam venditionem urgeri non debet.

Es kann indeſſen allerdings ausgemacht werden, daß wenn dem einen oder andern Theile der abgeſchloſſene Handel gereuen ſollte, ihm frey ſtehen ſolle, gegen Verluſt des gegebenen, oder gegen doppelten Erſatz des empfangenen Handgeldes von dem Contract wieder abzugehen. Hier wird dann die arrha als ein Reukauf (multa poenitentialis) angeſehen [71]). Doch wird dieſes im Zweifel nie vermuthet, ſondern die gegebene arrha iſt immer eher für eine *confirmatoria* als für eine *poenitentialis* zu halten [72]). Uebrigens iſt noch zu bemerken, daß wenn das Geſchäft gehörig erfüllet und gänzlich vollzogen worden iſt, das Handgeld zurückgegeben, oder auf das Kaufgeld abgerechnet werden muß [73]). Eben ſo muß auch in dem Falle, wenn der Kauf mit gemeinſchaftlicher Einwilligung wieder aufge-

71) S. STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 11. *Ant.* FABER C. l. Err. 8. und *Io. Aug.* BACH Diſſ. de multa poenitentiali in emtione venditione; in EIUS *Opuſcul.* Nr. X. pag. 386. ſqq.

72) S. *Ant.* SCHULTING Theſ. controverſar. Decad. LXIII. Th. 1. *Arn.* VINNIUS Comm. ad Pr. I. h. t. nr. 12. *Ev.* OTTO Comm. ad idem Pr. I. nr. 5. und Höpfners Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen §. 744. a. E.

73) *L. 5. §. 15. D. de inſtit. act. L. 11. §. 6. D. de act. emti et venditi.* *Iac.* CUJACIUS Obſervat. Lib. XI. cap. 17. VINNIUS Comm. ad Pr. I. h. t. nr. 8. *Io.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 25. Weſtphal vom Kauf §. 667.

aufgehoben, oder deſſen Erfüllung durch Zufall gehindert wird, die arrha zurückgegeben werden. Die Klage in dieſen Fällen iſt die condictio ſine cauſa, oder auch die Klage aus dem Kaufcontract [74]). Eine Realklage findet deshalb nicht Statt. Denn das Eigenthum der arrha war auf den Empfänger übergegangen [75]). War die arrha blos zur Verſicherung gegeben worden, daß der Kauf zur beſtimmten Zeit pünctlich werde erfüllet werden, ſo verliert der Contrahent, der Erfüllung ungeachtet, die gegebene arrha, welcher ſich eines Verzugs bey der Erfüllung ſchuldig machte [76]). Wegen einer blos verſprochenen arrha giebt das römiſche Recht keine Klage, wenn der Hauptcontract noch unvollkommen war [77]). Allein da heutzutage jedes pactum nudum klagbar iſt, ſo behauptet man nicht ohne Grund, daß das Verſprechen einer arrha nach dem heutigen Recht eine Klage wirke [78]).

§. 983.

Verbindlichkeiten aus dem Kaufcontract I) von Seiten des Verkäufers.

Aus dem Kaufcontract entſtehen gegenſeitige Verbindlichkeiten, welche eintreten, ſobald der Contract zur Richtigkeit gekommen iſt.

I. Der

74) *L. 11. §. 6. D. de act. E. et V.* *L. 2. Cod. Quando liceat ab emt. diſcedere.* S. *Ant.* FABER de errorib. Pragmaticor. Dec. 96. Err. 4. LAUTERBACH cit. Diſſ. Th. 137. et 154. REUTER cit. Diſſ. §. 45.

75) LAUTERBACH Diſſ. de arrha Th. 91. und REUTER Diſſ. cit. §. 31. et 32.

76) GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviſſ. Tom. II. §. 958. in fin.

77) *L. 7. §. 4. D. de pactis.* REUTER cit. Diſſ. §. 20.

78) THOMASIUS cit. Diſſ. §. 83. und REUTER cit. Diſſ. §. 11.

I. Der Verkäufer iſt A. verpflichtet, die Sache dem Käufer zu übergeben, und zwar mit allen Zubehörungen, die er ſich nicht beſonders vorbehalten hat, wenn gleich derſelben keine beſondere Erwähnung geſchehen iſt [79]), auch ſolche für ſich kein Gegenſtand des Handels geweſen wären. So z. B. geht mit dem verkauften Grundſtück auch das daran haftende Patronatrecht auf den Käufer über, wenn auch dieſes Recht, weil es die Verleihung eines geiſtlichen Amts zum Zweck hat, nicht allein verkauft werden konnte [80]). Dahingegen kann der Käufer die zur Ernde reifen Früchte des Grundſtücks nicht verlangen, wenn ſie ſich der Verkäufer ausdrücklich vorbehalten hat [81]). Auſſerdem gehören die Früchte des verkauften Grundſtücks, welche zur Zeit des geſchloſſenen Kaufs von dem Verkäufer noch nicht eingeärndet waren, dem Käufer, als eine Zubehörung [82]). Unter dem Wort Pertinenzien, Zubehörungen, verſteht man hier alles, was ſich als Nebentheil bey einer andern Sache, welche die Hauptſache ausmacht, befindet, und bey derſelben bleiben muß [83]). Dieſe ſind unter der cauſa mit begriffen, mit welcher die Sache auf den Käufer übergeht, wie ſich Pomponius *L. 67. D. h. t.* ausdrückt [84]). Zu die-

79) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. 209. medit. 1.

80) *Cap. 6. 7. 13. et 16. X. de iure patron.* S. *Paul. Ioſ. a* RIEGGER Inſtitut. iurisprud. eccleſ. P. III. §. 710.

81) *L. 40. §. 3. et 4. D. h. t.*

82) *L. 13. §. 10. D. de act. E. et V. L. 13. Cod. eodem. L. 44. D. de rei vindicat.* Eben dieſes gilt auch bey Subhaſtationen. LEYSER c. l. medit. 7.

83) S. den 8. Theil dieſes Commentars §. 589. S. 250. ff.

84) S. Weſtphal vom Kauf §. 115.

dieſen Zubehörungen rechnet man 1) alles, was durch Wirkung der Natur mit der Hauptſache verbunden iſt, als Bäume, Hecken, Geſträuche, Holzungen, Früchte, ſo lange ſie davon nicht abgeſondert ſind, auch die Vermehrung durch Alluvion [85]). 2) Alle Sachen, welche im rechtlichen Sinn als unbeweglich zu betrachten ſind, im Verhältniß zu dem Grundſtück, in welchem ſie befeſtiget, oder zu deſſen beſtändigem Gebrauche ſie beſtimmt ſind. Von dieſer Art der Pertinenzen iſt ſchon an einem andern Orte [86]) ausführlicher gehandelt worden. Analogiſch gehört dann auch alles hierher, was zu beweglichen Sachen in gleichem Verhältniß ſteht [87]). Z. B. was zur Aufſtellung oder Verwahrung einer beweglichen Sache angeſchaft worden, wird für ein Zubehör derſelben gehalten. Hierher gehören bey Bibliotheken, Münz- und Naturalien-Sammlungen die Repoſitorien, Schränke und andere Behältniſſe; desgleichen bey Koſtbarkeiten die Futterale [88]). 3) Die Gerechtigkeiten, welche zu einem Grundſtück erworben worden ſind, und auf demſelben active ruhen, z. B. Servituten, die dem verkauften Grundſtück zuſtehen [89]). Auch ſolche Gerechtigkeiten, welche bey dem

 Grund-

85) *L. 13. C. de act. emti et venditi. L. 17. §. 1. D. eodem. L. 7. pr. D. de peric. et comm. rei vend.*

86) S. den 2. Th. dieſes Commentars §. 173. S. 524.

87) *L. 44. D. de evict.* S. Thibaut Syſtem des Pand. R. 1. Th. §. 265.

88) Arg. *L. 52. §. 8. D. de legat. III.* Allgem. Preuß. Landrecht. 1. Th. 2. Tit. §. 96. 97. u. 102. S. Dabelow Handbuch des heutigen gemeinen Röm. deutſchen Privatrechts 1. Th. §. 82.

89) *L. 47. 48. et 49. D. h. t.*

Grundſtück unentbehrlich ſind, wenn es den bezweckten Nutzen haben ſoll, ſind als Zubehörung deſſelben anzuſehen, und der Verkäufer muß ſie dem Käufer einräumen, wenn er ſie gleich im Kauf nicht ausdrücklich erwähnt hat. Z. B. der Käufer kann nicht anders zu dem gekauften Grundſtück kommen, als wenn ihm der Verkäufer den Weg über ſein eigenes Grundſtück geſtattet; ſo iſt dieſer Weg als ſtillſchweigend mit verkauft anzuſehen [90]). 4) Wirklich unbewegliche Sachen, als Mühlen, die zum Gebrauche eines Landguts erbauet ſind, oder auch Ländereyen, die zu einem Hauptgute durch die Beſtimmung des Eigenthümers ſind geſchlagen worden [91]). Dahingegen iſt nicht zu den Pertinenzien zu rechnen a) was zwar zur Ausbeſſerung, Verſchönerung, oder Vergrößerung eines Gebäudes, oder ſonſt um eines Grundſtücks willen angeſchaft, aber noch nicht dazu gebraucht und angewendet worden iſt. (*Ruta caeſa*) [92]). Z. B. Bauholz, Steine, Dachziegel, Weinpfähle, die noch nicht gebraucht, Wandtapeten, welche noch nicht angeſchlagen ſind. Hieran kann der Käufer keinen Anſpruch machen. Ferner b) was zwar in einem Grundſtück befeſtiget, aber nicht zum ökonomiſchen Gebrauche deſſelben, ſondern zum Behufe des beſondern Gewerbes und gegenwärtigen wirthſchaftlichen Ge-

90) *L. 40. pr. D. h. t.* Weſtphal vom Kauf. §. 132.

91) *L. 21. D. de inſtructo et inſtrum. legato. L. 20. §. 7. D. eodem.* S. KIND Quaeſtion. for. T. III. cap. 37.

92) *L. 17. §. 5. 6. et 11. L. 18. §. 1. D. de act. emti et vend. L. 66. D. de contrah. emt.* S. PÜTTMANN Diſſ. de rutis caeſis. *Lipſiae 1776.*

Gebrauche des Verkäufers [93]). c) Diejenigen Sachen, welche zwar einen ökonomiſchen Nutzen haben, aber doch in dem Grundſtück nicht feſtgemacht ſind, und auch zur Hauptſache nicht unumgänglich nothwendig erfordert werden. Z. B. der Hausrath iſt keine Zubehörung eines verkauften Hauſes [94]). Der Käufer kann ihn daher nicht verlangen, wenn er ihm nicht ausdrücklich mit verkauft iſt [95]). Streitig aber iſt es, ob nicht bey einem verkauften Landgute das inſtrumentum fundi [96]), das Wirthſchaftsinventarium, als Pertinenz deſſelben anzuſehen ſey [97])? Die meiſten Rechtsgelehrten [98]) ſtimmen jedoch für die verneinende Meinung, und dieſe iſt auch wohl den Geſetzen gemäßer. Denn 1) ſetzt Ulpian *L.* 17. *pr. D. de act. emti et vend.* gerade darin einen vorzüglichen Unterſchied zwiſchen *fundus* und *aedes*, daß zu dem erſtern nichts gehört, niſi quod terra ſe tenet, hingegen bey einem Hauſe

93) *L. 17. pr. et §. 7. D. de act. emti et venditi.* LEYSER Specim. CCIX. medit. 10.

94) *L. 14. D. de ſupellect. legata.* verbunden mit *L. 6. pr. D. eodem.*

95) Weſtphal vom Kauf §. 135.

96) Was zum inſtrumentum fundi gehört, erklärt *L. 8. pr. D. de inſtr. et inſtrum. leg.* S. den 9. Th. dieſes Commentars §. 633. S. 199. Not. 72. Man ſehe noch *Car. Ferd.* SCHMID Diſſ. de inſtrumento fundi. *Viteb. 1806.* LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VI. Spec. 388.

97) S. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXX. §. 130.

98) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. I. Specim. XXVI. medit. 6. und Vol. III. Specim. CCIX. medit. 8. Hommel Pertinenz und Erbſonderungsregiſter. voc. Inventarium S. 213. u. WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. III. cap. IV. Membr. IV. Subſ. I. §. 8. pag. 597.

Hauſe **Pertinenzien** vorkommen können, quae aedibus adfixa non ſunt. Z. B. die Schlüſſel und Schlöſſer. Ganz dieſem gemäß ſagt daher 2) **Pomponius** *L. 21. D. de inſtructo et inſtrum. leg.* Nulla ex his rebus, *quae moveri poſſunt*, paucis exceptis, *fundi* appellatione continentur. Ja 3) **Calliſtratus** ſagt es *L. 14. D. de ſupellect. leg.* gerade zu: *Fundo* legato, *inſtrumentum eius* non aliter legato cedit, niſi ſpecialiter id expreſſum ſit [99]). Spricht nun gleich **Calliſtratus** hier nur von dem Vermächtniß eines **Fundus**, ſo iſt doch kein Grund abzuſehen, warum es beym Kaufe anders ſeyn ſollte, da die Geſetze in Anſehung der Zubehörungen zwiſchen Kauf und Vermächtniß keinen Unterſchied machen, wie aus *L. 17. §. 2. D. de act. emti et vend.* klar erhellet, wo **Ulpian** ſagt: Fundo vendito vel legato, ſterculinum et ſtramenta, emtoris et legatarii ſunt: ligna autem venditoris vel heredis; *quia non ſunt fundi*, tametſi ad eam rem comparata ſunt. Durch dieſe Stelle erhält nun auch die oben angeführte Stelle aus **Pomponius** ihr Licht, wo er ſagte, daß bewegliche Sachen, *paucis exceptis*, nicht zum *fundus* gehörten. Unter dieſe ausgenommenen Stücke ſind z. B. Stroh und Dünger zu zählen, welche ſich auf dem verkauften oder vermachten Grundſtück zum Zweck der wirthſchaftlichen Cultur deſſelben vorräthig befinden, nicht was zum Verkauf beſtimmt iſt. In ſterculino

99) Das Gegentheil wird zwar in PAULI *Sentent. Recept.* Lib. III. Tit. 6. §. 34. gelehrt, wo es heißt: *Fundo legato, fundi inſtrumentum ad legatarium pertinet.* Allein ſchon SCHULTING hat in Iuriſpr. Antejuſt. ad h. L. not. 75. pag. 363. bemerkt, daß man entweder NON *pertinet* leſen, oder annehmen müſſe, der Compilator habe hier den **Paulus** unrichtig excerpirt.

culino autem, fährt daher **Ulpian** weiter fort, diſtinctio *Trebatii* probanda eſt: ut, ſi quidem *ſtercorandi agri cauſa* comparatum ſit, *emtorem ſequatur*; ſi vendendi, venditorem: niſi ſi aliud actum eſt. Nec intereſt, in ſtabulo iaceat, an acervus ſit. Endlich 4) lehrt auch **Papinian** *L.* 2. §. 1. *D. de inſtr. et inſtrum. leg.* Dotes praediorum, quae graeco vocabulo ἐνθῆκαι appellantur, cum non inſtructa legantur, legatario non praeſtantur; und verſteht darunter nichts anders, als Inventarienſtücke, welche bey einem vermachten oder verkauften Grundſtück nicht mit auf den Käufer oder Legatar übergehen, wie **Cornelius van Bynkershoek** [100]) aus **Columella** [1]) erwieſen hat. Solche Sachen müſſen alſo ausdrücklich mit verkauft ſeyn, wenn ſie der Käufer mit dem Grundſtück erhalten ſoll [2]). Uebrigens verlieren Pertinenzien dadurch ihre Eigenſchaft nicht, daß ſie auf einige Zeit von dem Orte ihrer Beſtimmung ſind weggebracht worden, wenn es nur in der Abſicht geſchahe, um ſie zu ſeiner Zeit wieder an Ort und Stelle zu bringen [3]). Ein Anders wäre, wenn ſie in der Abſicht wären weggenommen oder abgeriſſen worden, daß ſie nicht wieder an ihre Stelle gebracht, und mit der Hauptſache verbunden werden ſollen. Hierdurch hören ſie auf, ein Pertinenz zu ſeyn [4]). Wird darüber geſtritten, ob eine Sache für eine Zube-

100) Obſervation. iuris Rom. Lib. VI. cap. 9.

1) Lib. IV. cap. 30.

2) *L.* 40. *§.* 5. *D. h. t.* S. **Weſtphal** vom Kauf. §. 135.

3) *L.* 17. *§.* 10. *et* 11. *D. de act. E. et V. L.* 18. *§.* 1. *D. eodem.*

4) **Weſtphal** a. a. O. *§.* 125. GÜNTHER Princip. iur. Rom. privati noviſſ. Tom. I. §. 182.

Zubehörung einer andern Hauptſache zu halten ſey, ſo muß derjenige den Beweis übernehmen, der etwas als ein Pertinenz in Anſpruch nimmt, ſo weit es nämlich hier auf eine Thatſache ankommt [5]). Iſt eine Sache immer mit einer andern Hauptſache für einen Preis verkauft, und in dieſer Verbindung von den vorigen Beſitzern beſeſſen worden, ſo entſteht daraus eine Vermuthung für die Pertinenzqualität einer Sache [6]).

§. 984.

Für welche Culpa haftet der Verkäufer?

Der Verkäufer muß ferner von der Zeit an, da der Contract zur Richtigkeit gekommen iſt, die Sache vor Beſchädigungen in Acht nehmen. Er haftet in dieſer Rückſicht 1) für culpa levis, wenn durch Unterlaſſung der nöthigen Sorgfalt, die man von jedem vorſichtigen Menſchen erwartet, die Sache deteriorirt wird. Für einen höhern Grad des Fleißes ſteht er nicht, ſo lange die Sache noch exiſtirt, und tradirt werden kann. Denn beyde Theile haben gleichen Nutzen aus dem Contract. Dahingegen iſt er 2) für jedes, auch das geringſte Verſehen verantwortlich, wenn die Sache durch ſeine Schuld verlohren oder zu Grunde geht [7]). Die Geſetze ſagen hier, der

5) S. *Sam.* STRYK Diſſ. de probatione pertinentiarum; in Diſſertat. *Eiusd.* Vol. ult. Nr. III. BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. § 15. und Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß. S. 292 f.

6) LUDOLF Obſervat. P. III. Obſ. 245. und *Val. Io.* BESSELIN Theor. gen. de pertinentiis. *Goett.* *1782*. Cap. III. §. 22.

7) S. *Io.* D'AVEZAN Contractuum libr. I. cap. 31. Fr. Schömann's Lehre vom Schadensersatz 1. Th. S. 122. ff. u. Egid. von Löhr Beyträge zur Theorie der Culpa. S. 121. ff.

der Verkåufer műſſe cuſtodiam plenam pråſtiren. Beyde Såtze beweiſen folgende Geſetzſtellen. 1) Daß der Verkåufer für culpa levis ſtehe, lehrt **Ulpian** *L.* 5. §. 2. *D. Commodati.* Ubi utriusque utilitas vertitur, *ut in emto*, et dolus èt culpa praeſtatur [8]). Derſelbe **Ulpian** macht zwar an einem andern Orte den Verkåufer nur für dolus und culpa lata verantwortlich. Er ſagt nåmlich *L.* 2. §. 5. *D. de hered. vel act. vend.* Sed et ſi quid *dolo malo* eorum (nåmlich des Erbſchaftsverkåufers, und deſſen Erben) factum eſt, quominus ad eos perveniat, et hoc emtori praeſtandum eſt. Feciſſe autem *dolo malo*, quominus perveniat, videtur, ſive alienavit aliquid, vel etiam accepto quem liberavit, vel id egit *dolo malo*, ne de hereditate acquireretur, vel ne poſſeſſionem adipiſceretur, quam poſſet adipiſci. Sed et ſi non dolo malo, ſed *lata culpa* admiſerit aliquid, utique tenebitur. Deperdita autem et deminuta *ſine dolo malo venditoris* non praeſtabuntur. Allein **Ulpian** redet hier von dem Verkauf einer Erbſchaft, zu welcher, als einer univerſitas iuris, alles gehört, was nicht nur ſeit dem Tode des Erblaſſers auf den Verkåufer, als Erben, wirklich gekommen iſt, ſondern was auch derſelbe noch håtte bekommen können, aber durch ſeine Schuld nicht bekommen hat. Z. B. er hat einem Erbſchaftsſchuldner die Schuldverbindlichkeit erlaſſen, oder er hat eine zur Erbſchaft gehörige Sache zu vindiciren unterlaſſen, welche nun durch Verjåhrung von der Erbſchaft abgekommen iſt. Niemand wird låugnen, daß der Erbe, als Eigen-

8) Man ſehe noch *L.* 23. *D. de div. reg. iur.* *L.* 108. §. 12. *D. de legat. I.* *L.* 21. *circ. fin. D. de heredit. vel act. vendita.*

genthümer, alles dieſes thun, und geſchehen laſſen könne, ſo lange er die Erbſchaft an keinen Dritten verkauft hat Allein verkauft er nachher die Erbſchaft, ſo muß dieſes alles, was durch ſein Verſchulden von der Erbſchaft abgekommen iſt, dem Käufer vergütet werden. Denn er handelt unredlich, daß er ihm die Erbſchaft als ein unvermindertes Ganzes verkauft. Der hier zu präſtirende dolus und culpa lata des Erbſchafts-Verkäufers geht alſo auf die Zeit vor dem Verkaufe [9]), wie aus dem vorhergehenden §. 3. *L.* 2. *cit.* erhellet, wo **Ulpian** ſagt: Sed et rerum *ante venditionem* donatarum pretia praeſtari, aequitatis ratio exigit. Nach dem Verkaufe muß auch der Verkäufer einer Erbſchaft unſtreitig culpam levem präſtiren, weil dieſes die Natur des Kaufs mit ſich bringt. Von der Zeit an darf alſo der Verkäufer nichts mit der Sache unternehmen, was ein guter Hausvater nicht gethan haben würde. **Labeo** war zwar der Meinung, daß der Verkäufer für keinen Schaden ſtehe, wenn derſelbe die Sache auch ſchon vor dem Verkaufe eben ſo zu behandeln pflegte, als er ſie nachher behandelt hat, wenn auch ein Anderer die Sache auf die Art nicht gebraucht haben würde. Allein mit Recht hielt **Paulus** [10]) dieſe Meinung für falſch. Er glaubt, es komme

9) S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 2 §. 5. D. de heredit. vel act. vend. und Weſtphal vom Kaufe §. 840.

10) *L.* 54. *pr. D. de act. E. et V.* (LABEO *Lib. II. Pithanon*) Si ſervus, quem vendideras, iuſſu tuo aliquid fecit, et ex eo crus fregit, ita demum ea res tuo periculo non eſt, ſi id imperaſti, quod ſolebat ante venditionem facere, et ſi id imperaſti, quod etiam non vendito ſervo imperaturus eras. PAULUS:

komme allein darauf an, ob der Verkäufer ſich eines dolus, oder einer culpa ſchuldig gemacht habe. Dieſe fällt ihm aber allerdings zur Laſt, wenn er etwas gethan hat, was ein prudens et diligens paterfamilias nicht gethan haben würde. 2) Daß der Verkäufer auch für *cuſtodia plena*, das heißt, für jedes auch das kleinſte Verſehen hafte, wenn die Sache vor der Uebergabe verlohren oder zu Grunde geht, ſo daß alſo nur der reine Zufall ausgeſchloſſen iſt, lehren folgende Geſetzſtellen. a) *L.* 2. §. 1. *D. de periculo et comm. rer. vend.* CUSTODIAM autem ante admetiendi diem qualem praeſtare venditorem oporteat, utrum PLENAM, ut et *diligentiam* praeſtet: an vero dolum duntaxat, videamus? Et puto, ſagt Cajus, *eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut fatale damnum, vel vis magna, ſit excuſatum.* b) *L.* 3. *D. eodem.* CUSTODIAM autem venditor talem praeſtare debet, *quam praeſtant hi, quibus res commodata eſt;* ut diligentiam praeſtet exactiorem, quam in ſuis rebus adhiberet. Daß aber den Commodatar nichts als reiner Zufall

LUS: Minime: nam ſi periculoſam rem ante venditionem facere ſolitus eſt, culpa tua id factum eſſe videbitur. Puta enim eum fuiſſe ſervum, qui per catadromum deſcendere, aut in cloacam demitti ſolitus eſſet. *Idem iuris erit, ſi eam rem imperare ſolitus fueris, quam prudens et diligens paterfamilias imperaturus ei ſervo non fuerit.* — *Itaque tota ea res ad dolum malum duntaxat, et culpam venditoris dirigenda eſt.* Dem Verkäufer war es hier allerdings als eine culpa zuzurechnen, daß er den verkauften Sklaven zu einem gefährlichen Geſchäft gebrauchte, da ihm nach dem Kauf keine freie Gewalt mehr über denſelben zuſtand, wenn er ihn auch gleich vorher zu einem ſolchen Geſchäft zu gebrauchen pflegte.

Zufall entſchuldiget, lehrt *L.* 1. §. 4. *D. de obligat. et action.* c) *L.* 14. *pr. D. de furtis.* Eum, qui emit, ſi non tradita eſt ei res, furti actionem non habere, ſed adhuc venditoris eſſe hanc actionem, *Celſus* ſcripſit. — Et ſane periculum rei ad emtorem pertinet; dummodo *cuſtodiam venditor ante traditionem praeſtet.* d) *L.* 31. *pr. D. de act. emti et vend.* Si ea res, quam *ex emto* praeſtare debebam, vi mihi ademta fuerit, *quamvis eam cuſtodire debuerim*, tamen propius eſt, ut nihil amplius, quam actiones perſequendae eius praeſtari a me emtori oporteat; *quia cuſtodia adverſus vim parum proficit.* Der Verkäufer ſoll alſo hier nur darum nicht gehalten ſeyn, weil er der Gewalt zu widerſtehen nicht vermochte. Er iſt alſo in allen Fällen gehalten, wo durch cuſtodia der Schade hätte abgewendet werden können. Nach den angeführten Geſetzen iſt nun der Verkäufer zur cuſtodia plena ſchon an und für ſich verpflichtet, ohne ſie beſonders verſprochen zu haben. Allein Juſtinian ſcheint §. 3. *I. h. t.* ein beſonderes Verſprechen zu erfordern, wenn der Verkäufer cuſtodiam präſtiren ſoll. Quodſi fugerit homo, qui veniit, aut ſubreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris intervenerit; animadvertendum erit, *an cuſtodiam eius usque ad traditionem venditor ſuſceperit?* Sane enim ſi ſuſceperit, ad ipſius periculum is caſus pertinet: *ſi non ſuſceperit*, *ſecurus erit.* Idem et in caeteris animalibus caeteriſque rebus intelligimus. Utique tamen vindicationem rei et condictionem exhibere debebit emtori, quia ſane, qui nondum rem emtori tradidit, adhuc ipſe dominus eſt. Idem etiam eſt de furti et damni iniuriae actione. Man darf aber nur die ganze Stelle mit Aufmerkſamkeit durchgehen,

ſo

ſo wird man ſich leicht überzeugen, daß hier eigentlich davon die Frage ſey, in wiefern der Verkäufer für den reinen Zufall ſtehe. Die Worte: *ad ipſius periculum is caſus pertinet*, laſſen keinen Zweifel übrig. Mit Recht ſagt daher **Everard Otto** [11]): Improprie IUSTINIANUS vocabulum *cuſtodiae* hic accepit, ut qui rem venditam cuſtodire promiſit, etiam periculum, ſine ſua culpa contingens, ſuſtinere teneatur; tunc enim vox *cuſtodiae* imitatur praeſtationem periculi et caſuum fortuitorum. Schon vor ihm erklärte dieſe Stelle eben ſo **Peter Burgius** [12]). Der Käufer iſt jedoch verpflichtet in dem Falle, da er wegen des Entkommens der Sache nicht haftet, dem Käufer wenigſtens die ihm desfalls zuſtehenden Klagen abzutreten. Für den Schaden ſelbſt aber haftet er nur dann, wenn er für den Zufall zu ſtehen, beſonders verſprochen hat. Dies heißt hier *cuſtodiam ſuscipere*, weil der Verkäufer, im Falle des gänzlichen Entkommens der Sache, ohnehin das geringſte Verſehen vertreten muß [13]). Für einen Theil der cuſtodia wird die Verbindlichkeit des Verkäufers gehalten, ſich von ſeinem Nach-

11) Commentar. et notae crit. ad Inſtit. Lib. III. cap. 23. §. 3. not. 7.

12) Elector. libro cap. 12. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iuris Rom.* Tom. I. pag. 331.)

13) Anderer Meinung iſt H. von Löhr in den Beyträgen zu der Theorie der Culpa S. 192. f. Er beruft ſich auf die griechiſche Paraphraſe des Theophilus ad §. 3. I. h. t. welcher ſagt: κουστωδία δέ ἐστι ἡ ἀκριβεστάτη καὶ ὑπερβάλλουσα παραφυλακή, i. e. *eſt autem* CUSTODIA *diligentiſſima et exactiſſima ſervatio.* Allein man ſehe Schöman vom Schadenserſatze 1. Th. S. 128 — 132.

Nachbar Caution beſtellen zu laſſen, wenn deſſelben Gebäude den Einſturz drohet. Daher verpflichten die Geſetze in Anſehung dieſer Cautionsforderung den Verkäufer, der öffentlichen Ordnung wegen, durchaus zu dem höchſten Fleiße, wie ſich aus folgenden Geſetzſtellen ergiebt. a) *L.* 36. *D. de act. emti et venditi.* Venditor domus, antequam eam tradat, *damni infecti ſtipulationem* interponere debet: quia antequam vacuam poſſeſſionem tradat, *cuſtodiam* et diligentiam praeſtare debet; et *pars eſt cuſtodiae, diligentiaeque, hanc interponere ſtipulationem: et ideo, ſi id neglexerit, tenebitur emtori.* Der Käufer ſelbſt kann vor erfolgter Uebergabe nicht de damno infecto ſtipuliren. Er hat es auch nicht nöthig, weil es zur Pflicht des Verkäufers gehört, auf die Eingehung dieſer Stipulation mit allem Fleiße zu bringen. Stipulirt erſter dennoch, ſo iſt die Stipulation nur in Hinſicht auf den Schaden von Wirkung, der nach geſchehener Tradition entſteht. Die Stipulation würde auch ſelbſt dann dem Käufer keinen weiteren Vortheil gewähren, wenn ſie in einem ſolchen Falle geſchehen wäre, wo ſie der Verkäufer ohne ſeine Schuld nicht eingehen konnte, wie **Paulus** in folgenden Stellen lehrt. b) *L.* 18. *§.* 7. 8 *et* 9. *D. de damno infecto.* Emtor praedii, ſi ante traditionem ſtipulatus ſit, cautum habebit de eo damno, quod poſt traditionem factum erit. Venditorem autem aedium, *priusquam poſſeſſionem tradat*, ſtipulari oportet, *quia huius quoque rei culpam praeſtat.* Sed quid fiet, ſi venditor *ſine culpa* ſtipulari non potuerit, et ob hoc emtor ſtipulatus fuerit? Nonne damnum patitur? An hoc damnum in aliena re acciderit, revolvitur autem ad emtorem, quia actionem ex emto non habet? Sed

nihil

nihil in hac cauſa proficit ſtipulatio, niſi in id, quod poſt traditionem accidit; quia, *dum venditoris cuſtodia eſt*, is ſtipulari debet, *omnemque diligentiam emtori praeſtare:* et quod alia actione quaeri poteſt, id in ſtipulationem damni infecti omnino non deducitur. c) *L. 38. pr. D. eodem.* Emtor aedium ante traditam ſibi poſſeſſionem ideo inutiliter ſtipulatur, *quia venditor omnem diligentiam ei praeſtare debet:* tunc certe utiliter ſtipulatur, *cum omnis culpa a venditore abierit*: veluti, ſi precario emtori in his aedibus eſſe permiſit, *cuſtodiamque ei abfuturus tradidit.* In beyden angeführten Geſetzſtellen wird der Fall erörtert, wenn der Käufer eines Hauſes vor erfolgter Uebergabe mit ſeinem künftigen Nachbar wegen des baufälligen Gebäudes deſſelben de damno infecto ſtipulirt, und das nachbarliche Gebäude ſtürzt noch vor der Uebergabe ein. Kann hier der Käufer den Nachbar wegen dieſes Schadens aus ſeiner Stipulation belangen? **Paulus** entſcheidet dieſen Fall verneinend. Aber wie, wenn der Käufer in einem ſolchen Falle ſich von dem Beſitzer des baufälligen Hauſes Caution de damno infecto beſtellen ließ, wo der Verkäufer es ohne ſeine Schuld nicht that, ſollte er nicht wenigſtens in dieſem Falle aus ſeiner Stipulation ein Recht haben, von dem Nachbar Schadenserſatz zu fordern? Denn hier hat gegen den Verkäufer keine Klage ex emto Statt. Soll alſo der Käufer den Schaden leiden? Das ſcheint doch unbillig zu ſeyn. **Pothier**[14]) glaubt daher wirklich, die Caution ſey in dieſem Falle auch auf den Schaden zu erſtrecken, der vor der

14) Pandect. Iuſtin. Tom. III. Lib. XXXIX. Tit. 2. Nr. XIV. not. i. et k. pag. 12.

der Uebergabe geſchehen iſt. Dies ſoll der Sinn der Worte ſeyn: *Nonne damnum patitur?* Die folgenden Worte: *An hoc damnum in aliena re acciderit, revolvitur autem ad emtorem* erklärt er ſo: man ſage nicht, daß der Käufer wegen dieſes Schadens darum nicht klagen könne, weil er zu einer ſolchen Zeit geſchehen iſt, wo der Käufer noch nicht Eigenthümer war. Denn dieſer Schade gehe ihn allerdings an, weil ja die Gefahr auf den Käufer übergeht, ſobald der Kauf abgeſchloſſen iſt. Allein der ganze Zuſammenhang dieſer Worte mit den nachfolgenden: *Sed nihil in hac cauſa proficit ſtipulatio, niſi in id, quod poſt traditionem accidit* etc. lehrt deutlich, daß dieſes nur Zweifelsgründe ſind. **Paulus** ſpricht ohne Unterſchied dem Käufer die Klage ex ſtipulatu ab, wenn der Schade vor der Uebergabe geſchehen iſt, weil hier nur der Verkäufer, als Beſitzer, ſtipuliren kann. Hat dieſer ſich keine Caution beſtellen laſſen, ſo daß ihm dabey irgend ein Verſehen zur Laſt fällt, ſo haftet er deshalb dem Käufer mit der actio emti. Iſt hingegen dem Verkäufer nichts dabey zur Laſt zu legen, ſo iſt, da hier die actio emti wegfällt, der Schade als zufällig zu betrachten, welchen alſo der Käufer nach der Natur des Contracts tragen muß [15]). Ein Anders wäre, wie **Paulus** ſagt, wenn der Verkäufer wegen einer vorhabenden Reiſe dem Käufer die ihm ſonſt obliegende cuſtodia übertragen, und ihm den Beſitz des Hauſes einſtweilen precario überlaſſen hätte, ohne ihm jedoch die Sache vermöge des Contracts zu übergeben. Da hier der Verkäufer nicht mehr für omnis culpa ſteht, ſo kann der Käufer

de

15) S. WESTPHAL Interpretat. iur. civ. de libertate et ſervitutib. praedior. §. 228. not. 188. c) pag. 168.

de damno infecto mit Wirkung ſtipuliren, weil er nun als Beſitzer zu betrachten iſt. 3) Iſt jedoch der Käufer in mora accipiendi, ſo darf der Verkäufer überhaupt nur für den dolus und culpa lata haften [16]). 4) Hat ſich der Verkäufer eines dolus oder groben Verſehens ſchuldig gemacht, weshalb er die Sache nicht tradiren kann; ſo muß er dem Käufer alles Intereſſe erſetzen, welches derſelbe nun auch durch ſeinen Eid beſtimmen kann [17]). Iſt hingegen 5) die Sache noch in Natur vorhanden, ſo iſt der Verkäufer ſchlechterdings verbunden, ſie dem Käufer zu übergeben, und er kann ſich dieſer Verbindlichkeit nicht entledigen, wenn er auch den Käufer auf andere Art entſchädigen wollte. Es wird zwar in mehreren Geſetzſtellen geſagt, daß der Verkäufer, wenn er die Sache nicht tradirt, zur Leiſtung des Intereſſe gehalten ſey [18]). Daher ſind ſehr viele Rechtsgelehrten [19]) der

16) *L. 17. pr. D. de peric. et commodo rei vend.*

17) *L. 1. pr. D. de act. E. et V.* *L. 21. §. 3. D. eodem.* *L. 5. pr. D. de in lit. iur.* S. den 12. Th. dieſes Commentars 2. Abth. §. 813. S. 416—418.

18) *L. 1. pr.* *L. 11. §. 8. et 9. et L. 40. D. de action. emti et vend.* *L. 4. Cod. eodem.* *L. 10. Cod. eodem.* *L. 10. pr. D. Quib. modis pign. vel hypoth. ſolvit.* *L. 6. Cod. de hered. vel act. vend.*

19) *Andr.* FACHINAEUS Controv. iur. Lib. II. cap. 30. *Hug.* DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XIII. cap. 2. *Ant.* FABER de errorib. Pragmaticor. et Interpret. iur. Dec. LXXXV. Err. 4. *Guil.* MASIUS Tr. de rei debitae aeſtimatione. P. I. Cap. 8. *Franc.* DUARENUS Comm. ad Tit. Pand. et Cod. de act. emti et venditi. *Oper.* pag. 1026. *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Diſp. 37. Th. 2. *Petr.* BELOIUS Va-

 rior.

der Meinung, der Verkäufer könne nicht ſo ſchlechterdings, wie etwa der Beklagte bey der Reivindication [20]), wenn er dem Befehl des Richters keine Folge leiſtet, manu militari, officio iudicis zur Uebergabe gezwungen werden, ſondern er könne ſich von ſeiner Verbindlichkeit frey machen, wenn er den Käufer auf andere Art entſchädige. Denn **Juſtinian** ſtelle es *L.* 17. *Cod. de fide inſtrum.* als einen ganz bekannten Satz auf: *quod pretio ſtatuto neceſſitas venditori imponatur, vel contractum venditionis perficere, vel id, quod emtoris intereſt, ei perſolvere.* Ja die Verordnung der Kaiſer **Diocletian** und **Maximian** *L.* 4. *Cod. de act. emti et vend.* laſſe vollends gar keinen Zweifel übrig, in welcher es heiße: Si *traditio rei venditae* iuxta emtionis contractum *procacia venditoris* non fiat: *quanti intereſſe compleri emtionem fuerit arbitratus Praeſes provinciae, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit.* Allein daß es der Willkühr des Verkäufers überlaſſen ſeyn ſollte, ob er die Sache übergeben, oder das Intereſſe leiſten wolle, ſtreitet ganz gegen die Natur des Kaufcontracts, aus welchem, ſobald er abgeſchloſſen iſt, die weſentliche Verbindlichkeit entſteht, ut OMNIMODO, das ſind **Juſtinians** Worte § 1. *I.*

rior. iuris civ. Lib. II. cap. 5. (in *Theſ. Meerm.* Tom. IV. pag. 686.) *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. Lib. XIX. Tit. 1 §. *Tenetur.* pag. 419. *Reinh.* BACHOVIUS Not. et Animadverſ. ad Treutlerum. Vol. I. Diſp. XXVIII. Th. 2. Lit. C. *Io.* VOET Comm. ad Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 14. *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejuſt. pag. 247. not. 12. et Theſ. controverſ. Decad. LXVIII. Th. 4. et 5. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 1914. u. a. m.

20) *L. 68. pr. D. de Rei vindicat.*

l. h. t. et pretium perſolvatur, et *res tradatur*, et venditio ad effectum perducatur: emtore quidem *ex emto actione*, venditore *ex vendito* agente. Daß es auch gar nicht die Meinung der Geſetze seyn könne, dem Verkäufer eine ſolche Willkühr zu geſtatten, erhellet daraus, weil in andern Geſetzſtellen ausdrücklich geſagt wird, der Verkäufer ſey zur Erfüllung des Contracts, d. i. zur Uebergabe, eben ſo wie der Donator, verbunden, und könne dazu genöthiget werden [21]). Es würde ja auch die offenbarſte Unbilligkeit daraus entſtehen, wenn die Geſetze gleich nach geſchloſſenem Kaufe die Gefahr der Sache auf den Käufer wälzen, und es dennoch von der Willkühr des Verkäufers abhängig machen wollten, ob er die Sache übergeben, oder das Intereſſe leiſten wolle. Der Natur des Contracts gemäß, kann alſo wohl die Meinung der für die entgegengeſetzte Meinung angeführten Geſetze nur dieſe ſeyn, daß wenn keine Uebergabe erfolgt, und der Käufer mit der Entſchädigung zufrieden ſeyn will, oder etwa die Sache gar nicht mehr zu erhalten wäre, auf Vergütung des Intereſſe geklagt oder erkannt werden könne. Wollte man dieſe Geſetze anders verſtehen, ſo würde es in vielen Fällen dem Verkäufer ein Leichtes ſeyn, den Contract zu brechen. Er dürfte es nur darauf ankommen laſſen, ob der Käufer ein Intereſſe zu beweiſen im Stande iſt;

 und

21) *L. 11. §. 2. L. 46. L. 50. D. de act. E. et Vend. §. 2. I. de donation. L. 35. §. 5. Cod. de donat.* Eine merkwürdige Stelle hierüber kommt auch in des PAULUS *Sent. Recept.* Lib. I. Tit. 13. A. §. 4. vor: Si id, quod emtum eſt, neque tradatur, neque mancipetur, *venditor cogi poteſt, ut tradat*, aut mancipet.

und dieſes möchte wohl in manchen Fällen dem Käufer ſchwer oder gar unmöglich werden. Denn wie manche Sache kauft man nicht blos aus Liebhaberey und zum Vergnügen, die man wohl entbehren könnte? Wie ſtimmt aber ein ſolches Benehmen mit der Natur eines contractus bonae fidei überein? cum nihil magis bonae fidei congruat, wie **Ulpian** *L.* 11. §. 1. *D. de act. emti et venditi* ſagt, quam id praeſtari, quod inter contrahentes actum eſt. Man glaubt zwar, es ſey bey allen obligationibus faciendi, zu denen auch die Uebergabe zu zählen ſey, Regel, daß ſich der Promittent durch Leiſtung des Intereſſe von ſeiner Verbindlichkeit frey machen könne [22]). Allein ohne zu berühren, wie vielem Zweifel die hier aufgeſtellte Regel noch an ſich unterworffen ſey, wie an einem andern Orte [23]) gezeigt worden iſt; ſo iſt ja auch das Factum der Uebergabe ſelbſt gar nicht ſo, wie etwa die Verfertigung einer gewiſſen Arbeit, an die Perſon des Verkäufers gebunden, daß es nicht auch ohne Mitwirkung deſſelben durch die Auctorität des Richters erzwungen werden könnte. **Ulpian** giebt dieſes ſelbſt nicht undeutlich zu erkennen, wenn er *L.* 52. §. 1. *D. de verbor. obligat.* ſagt: Si quis vacuam poſſeſſionem *tradi* promiſerit, non *nudum factum* haec ſtipulatio continebit, ſed *cauſam bonorum.* Man wendet zwar dagegen ein, es komme hier auf eine Uebertragung des Eigenthums an. Dieſe könne nicht durch richterliche Execution bewirkt werden, ſondern erfordere den Willen des Uebergebenden. Allein auch davon abgeſehen, daß ja hier eine iuſta

22) *L.* 13. §. 1. *in fin. D. de re iudicata.*

23) S. den 4. Th. dieſes Commentars §. 316. S. 306.

iuſta cauſa praecedens zur Erwerbung des Eigenthums vorhanden iſt; ſo kann allerdings auch durch die Verfügung des Richters der Eigenthümer im Falle eines begangenen Ungehorſams ſeines Beſitzes entſetzt, und das Eigenthum auf einen Andern mit der Wirkung übertragen werden, daß dieſer ſich auch der Reivindication bedienen kann. Man denke nur z. B. an den Fall, da die cautio damni infecti verweigert, und deswegen eine miſſio in aedes vom Prätor verfügt wurde [24]). Für dieſe Meinung ſtreitet auch die Auctorität nicht minder berühmter Rechtsgelehrten [25]).

§. 985.

24) *L. 15. §. 16. D. de damno infecto. L. 7. §. 9. D. Communi dividundo.*

25) CUJACIUS ad *Pauli* Recept. Sentent. Lib. I. Tit. 13. §. 4. *Io.* CORASIUS Miſcellaneor. iuris civ. Lib. II. Cap. 3. nr. 7. *Io.* D'AVEZAN Lib. II. Contractuum Tract. I. de emt. et vendit. pag. 94. §. *Ex eo.* *Io. Matth.* MAGNUS Ration. et Differentiar. iuris civ. Lib. II. Cap. 11. in fin. (Tom. III. *Theſ. Meerman.* pag. 313.) *Ev.* OTTO Commentar. et Notae crit. ad Inſtitut. h. t. §. 1. nr. 2. *Ulr.* HUBER Praelect. iuris civ. ad Pandect. Lib. XIX. Tit. 1. §. 5. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris ſec. ord. Dig. Lib. XIX. Tit. 1. §. 12. et 13. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. eod. Libr. et Tit. §. 8. et 9. *Ge. Ad.* STRUV Syntag. iur. civ. Exercit. XXIII. §. 106. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. XIX. Tit. 1. Qu. 4. *Ge.* FRANTZKE Comm. in Pand. eod. loc. nr. 28—75. *Iuſt. Henn.* BOEHMER Introd. in ius Dig. eod. loc. §. 4. Weſtphal vom Kauf. §. 168. *Chr. Aug.* GÜNTHER Princip. iur. Rom. privati noviſſ. Tom. II. §. 961. in fin. *Gottl.* HUFELAND Lehrbuch des Civilrechts. I. Band §. 374. *Iul. Frid.* MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 554. nr. V. u. a. m.

§. 985.

Wie muß die Uebergabe geſchehen?

Die Uebergabe muß nun I) nicht mit bloßen Worten, ſondern auf eine ſolche Art geſchehen, daß dadurch der Käufer den Beſitz der Sache entweder unmittelbar erhält, oder wenigſtens in den Stand geſetzt wird, den Beſitz der Sache ſogleich ſelbſt ergreifen zu können. Dahin gehört z. B. wenn dem Käufer in Gegenwart der Sache die Schlüſſel zu dem Behältniß übergeben werden, worin dieſelbe verwahrt iſt [26]). II) Die Sache muß dem Käufer zum freien und ungehinderten Beſitz übergeben werden. Es muß daher nicht nur der Verkäufer ſelbſt den Beſitz räumen, ſondern es darf ſich auch kein Dritter in dem Beſitz der Sache befinden, der den Käufer an der Beſitzergreifung hindert; der Beſitz muß vielmehr dergeſtalt übertragen werden, daß ihn der Käufer gegen jeden obſieglich behaupten könne. *L.* 2. §. 1. *D. de act. emti et vend.* ſagt *Vacua poſſeſſio* emtori tradita non intelligitur, ſi alius in ea legatorum fideivecommiſſorum ſervandorum cauſa in poſſeſſione eſt, aut creditores bona poſſideant. Idem dicendum eſt, ſi venter in poſſeſſione ſit: nam et ad hoc pertinet vacui appellatio. Beſonders merkwürdig iſt *L.* 11. §. 13. *D. eodem.* Idem NERATIUS ait, venditorem in re tradenda debere praeſtare emtori, *ut in lite de poſſeſſione potior ſit.* Sed IULIANUS libro XV. Digeſtorum probat, *nec videri traditum, ſi ſuperior in poſſeſſione emtor futurus non ſit.* Erit igitur ex emto actio, niſi hoc praeſtetur. Hat alſo

26) *L. 74. D. h. t.* *L. 9. §. 6. D. de acquir. rer. dom.* *L. 1. §. 21. D. de acquir. vel amitt. poſſ.*

alſo ein Dritter die Sache als Pfand in Händen, ſo muß der Verkäufer vor allen Dingen den Gläubiger befriedigen, und die Sache einlöſen. Einen ſolchen Fall enthält *L.* 52. §. 1. *D. eodem.* Praedium aeſtimatum, in dotem a patre filiae ſuae nomine datum, obligatum creditori deprehenditur. Quaeſitum eſt, an filius, qui hereditatem patris retinet, cum ab ea ſe filia abſtinuiſſet, dote contenta, *actione ex emto teneatur*, *ut a creditore lueret*, et marito liberum praeſtaret? Reſpondit, *teneri.* Der Ehemann, welcher das Grundſtück für einen gewiſſen Preis zum Heyrathsgut erhalten hatte, war hier als Käufer anzuſehen. Aeſtimatio enim pro venditione eſt [27]). Er konnte daher auch mit Recht von dem Erben ſeines Schwiegervaters verlangen, daß er daſſelbe von dem Gläubiger einlöſe, und es ihm ſchuldenfrey überlaſſe [28]). Eben dieſes beſtätiget *L.* 5. *Cod. de evict.* Ex his praediis, quae mercata es, ſi aliqua a venditore obligata, et necdum tibi tradita ſunt: *ex emto actione conſequeris*, *ut ea a creditore liberentur.* Hat der Gläubiger nicht den Beſitz der Sache, ſondern bloß eine Hypothek, ſo hat der Verkäufer ſeiner Schuldigkeit ein Genüge gethan, wenn er dem Käufer die Sache tradirt. Zwar kann ihm die Sache durch die hypothekariſche Klage des Gläubigers evincirt werden; allein dieſe Klage iſt doch keine poſſeſſoriſche. Zur vacua poſſeſſio iſt aber ſchon genug, wenn nur in poſſeſſorio der Käufer ein obſiegendes

27) *L.* 10. §. 4. *et* 5. *D. de iure dot.* *L. un.* §. 9. *in fin. Cod. de rei ux. act.*

28) S. *Vinc.* CABOTII variar. iuris publici et privati Diſputation. libr. II. Cap. 26. (*Theſ. Meerman.* Tom. IV. pag. 639.)

des Recht erhält [29]). Hat ein Dritter nur vermöge eines persönlichen Rechts die Sache im Beſitz, z. B. als Pächter, ſo muß dieſer ohnehin dem Käufer weichen [30]). Iſt eine unkörperliche Sache verkauft worden, z. B. eine Real-Servitut auf des Käufers Grundſtück, ſo läßt ſich hier eigentlich eine traditio vacuae poſſeſſionis nicht denken. Allein die Stelle derſelben vertritt nach der Meinung des **Labeo**, welcher auch **Pomponius** beyſtimmt, die Caution, welche der Käufer fordern kann, daß ihn der Verkäufer nicht an der Ausübung derſelben hindern wolle [31]). Nach der Meinung der neuern römiſchen Rechtsgelehrten findet jedoch eine Quaſi Tradition Statt, welche durch die Ausübung der Servitut von Seiten des Käufers, und das Stillſchweigen von Seiten des Verkäufers geſchieht, wie aus *L.* 20. *D. de Servitut.* erhellet, wo **Javolen** ſagt: Quotiens via aut aliquod ius fundi emeretur, cavendum putat eſſe LABEO, *per te non fieri, quominus eo iure uti poſſim:* quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio eſſet. Ego puto, *uſum eius iuris pro traditione poſſeſſionis accipiendum eſſe.* Ideoque et interdicta veluti poſſeſſoria interdicta ſunt [32]); und dieſem gemäß ſagt auch **Ulpian** *L.* 1. §. 2. *D. de Servitut.*

29) *L.* 11. §. 13. *D. de act. emti et vend.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 10. und Weſtphal vom Kaufe. §. 165. und 166.

30) *L.* 9. *Cod. de locato.*

31) *L.* 3. §. 2. *D. de act. emti vend.*

32) S. Weſtphal vom Kaufe §. 162. und Ebenderſelbe de libertate et ſervitutib. praedior. §. 828. Man vergleiche auch den 9. Theil dieſes Commentars §. 626. S. 67. Not. 81.

tut. praed. ruſtic. Traditio plane et patientia ſervitutum inducet officium Praetoris. Iſt die Sache dem Verkäufer entwendet worden, ſo muß er dem Käufer wenigſtens die ihm deshalb zuſtehenden Rechtsmittel abtreten, damit dieſer ſich dadurch den Beſitz verſchaffen könne [33]). III) Der Verkäufer muß ferner dem Käufer auch die Gränzen des Grundſtücks beym Verkaufe gehörig anzeigen, wenn die Beſchreibung des Grundſtücks nicht ſchon dergeſtalt geſchehen iſt, daß ſich daraus die Gränzen von ſelbſt ergeben [34]). Es müſſen auch die Nachbaren dem Käufer bekannt gemacht werden, weil es leicht möglich iſt, daß der Kauf um eines böſen Nachbars willen gar nicht geſchloſſen ſeyn würde. Verſchweigt er dem Käufer einen ſolchen Nachbar, ſo haftet der Verkäufer für den Dolus [35]).
Eben

33) *L. 31. pr. D. de act. emti et vend.*

34) *L. 63. §. 1. D. de contrah. emt.* Demonſtratione fundi facta, fines nominari ſupervacuum eſt: ſi nominentur, etiam ipſum venditorem nominare oportet, ſi forte alium agrum confinem poſſidet. — *L. 48. D. de act. emti et vend.* Titius heres Sempronii fundum Septicio vendidit ita: *Fundus Sempronianus, quidquid Sempronii iuris fuit, erit tibi emtus tot nummis,* vacuamque poſſeſſionem tradidit, neque fines eius demonſtravit. Quaeritur, an emti iudicio cogendus ſit oſtendere ex inſtrumentis hereditariis, quid iuris defunctus habuerit, et *fines oſtendere?* Reſpondi, id ex ea ſcriptura praeſtandum, quod ſenſiſſe intelliguntur. *Quodſi non appareat, debere venditorem et inſtrumenta fundi, et fines oſtendere:* hoc etenim contractui bonae fidei conſonat.

35) *L. 35. §. ult. D. h. t.* Si quis in vendendo praedio *confinem* celaverit, *quem emtor ſi audiſſet, emturus non eſſet,* teneri venditorem. Wie ſehr die Alten auf die Nachbarſchaft geſehen haben, erhellet aus dem Ausſpruche des **Plautus** in *Mercatore.*

Eben ſo muß ſich der Verkäufer ſelbſt nennen, wenn er Nachbar bleibt [36]). Er muß auch alle über das verkaufte Grundſtück vorhandenen Urkunden, z. B. die alten Kauf- und Lehnbriefe, Steuerquittungsbüchlein, ingleichen die Manual-Akten herausgeben [37]). IV) Der Verkäufer muß inſonderheit dem Käufer dafür ſtehen, daß kein Dritter ihm die Sache, als die ſeinige, abſtreite, ſondern er den übertragenen Beſitz behalten könne [38]). Der Verkäufer haftet daher dem Käufer wegen der Entwährung, wovon Lib XXI. Tit. 2. *de evictionibus* ausführlicher gehandelt werden wird. V) Die Sache muß ferner

tore: Nunc ego verum illud verbum eſſe experior vetus; *Aliquid mali eſſe propter vicinum malum.* Dahingegen ſagt Heſiodus: ἔμμορε τοι τιμῆς ὅς ἔμμορε γείτονος ἐσθλȣ̃. i. e. Optima ſors eius, qui bonum ſortitur vicinum. S. *Ulr.* HUBERI Eunom. Rom. ad h. L. 35. §. ult. pag. 668. ſq.

36) Man ſehe die Note 34. angeführte *L. 63. §. 1. D. h. t.*

37) *L. 52. pr. D. de act. emti et vend.* — Reſpondit, poſſe emtorem emti iudicio conſequi, ut inſtrumenta, de quibus quaereretur, exhibeantur. S. HUBER Praelect. ad Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 6. und Weſtphal vom Kauf §. 171.

38) *L. 3. pr. D. de act. emti et vend.* Ratio poſſeſſionis, quae a venditore fieri debet, talis eſt, ut, ſi quis eam poſſeſſionem iure avocaverit, tradita poſſeſſio non intelligatur. Cujaz Obſervat. Lib. XIII. cap. 35. will ſtatt *Ratio poſſeſſionis* lieber *Traditio poſſeſſionis* leſen. Baudoza lieſet *Datio poſſeſſionis.* Allein die florentiniſche Leſeart, mit welcher auch Cod. Pand. Erlang. übereinſtimmt, läßt ſich ſehr gut erklären, wie Bynkershök in der Göttingiſchen Ausgabe des Corp. iuris gezeigt hat. — *L. 6. C. de evict.* Non dubitatur, etſi ſpecialiter venditor evictionem non promiſerit, re evicta ex emto competere actionem.

ner dem Käufer in der gehörigen Qualität übergeben werden, ſo daß nichts fehle, was bey der Sache entweder ihrer Natur nach, oder vermöge einer beſondern Uebereinkunft der Contrahenten ſeyn muß [39]). VI) Die Sache darf auch nicht fehlerhaft, ſondern muß zu dem Gebrauche tauglich ſeyn, wozu ſie der Käufer angeſchaft hat, wovon in dem Titel de aedilitio Edicto ein Mehreres. VII) Sie darf auch nicht mit ſolchen Laſten beſchwert ſeyn, die ſich bey Sachen von der Art nicht von ſelbſt verſtehen, und alſo der Käufer weder wußte, noch füglich wiſſen konnte. Dahin gehören z. B. Servituten. Wegen dieſer muß der Verkäufer den Käufer entſchädigen. Denn Beſchränkung des Eigenthums kann nicht vermuthet werden. Folgende Stellen bewähren dieſe Sätze.

L. 66. pr. D. de contrah. emt. In vendendo fundo quaedam, etiamſi non condicantur, praeſtanda ſunt: veluti, ne fundus evincatur, aut *uſusfructus eius.*

L. 61. D. de aedilitio edicto. Quotiens de ſervitute agitur, victus tantum debet praeſtare, quanti minoris emiſſet emtor, ſi ſciſſet, hanc ſervitutem impoſitam.

Hätte der Verkäufer auch dem Käufer im Allgemeinen erklärt, daß er für keine Servituten ſtehe, ſo verpflichtet ihn dennoch ſein Dolus zur Entſchädigung, wenn er wußte, daß eine gewiſſe Servitut auf dem verkauften Grundſtück hafte, wie aus folgender Stelle des Scävola erhellet.

L. 69.

39) *L. 11. §. 1. L. 39.* D. *de act. emti et vend.*

L. 69. §. 5. D. de eviction. Qui fundum tradit, et, *cum ſciat, certam ſervitutem deberi*, perſuſorie dixerit, *itinera, actus, quibus ſunt, utique ſunt*, evictionis quidem nomine ſe liberat, *ſed quia decepit emtorem, emti iudicio tenetur.*

L. 1. §. 1. D. de action. emti et vend. Venditor, ſi, *cum ſciret deberi ſervitutem, celavit, non evadet ex emto actionem:* ſi modo eam rem emtor ignoravit. Omnia enim, quae contra bonam fidem fiunt, veniunt in emti actionem. Sed *ſcire* venditorem, et *celare*, ſic accipimus, non ſolum, ſi non *admonuit*, ſed et ſi *negavit* ſervitutem iſtam deberi, *cum eſſet ab eo quaeſitum.* Sed et ſi proponas, eum ita dixiſſe: *nulla quidem ſervitus debetur, verum, ne emergat inopinata ſervitus, non teneor*, puto eum ex emto teneri: quia ſervitus debebatur, et ſciſſet. Sed ſi id egit, ne cognoſceret emtor aliquam ſervitutem deberi, opinor, eum ex emto teneri. Et generaliter dixerim, ſi improbato more verſatus ſit in celanda ſervitute, debere eum teneri, non ſi ſecuritati ſuae proſpectum voluit. Haec ita vera ſunt, ſi emtor ignoravit ſervitutes: quia non videtur eſſe celatus, qui ſcit, neque certiorari debuit, qui non ignoravit.

Gleichwohl behandeln viele Rechtsgelehrten[40]) die paſſiven Realſervituten wie gewöhnliche Eigenſchaften der Grund-

40) *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. Lib. XXI. Tit. 2. §. *Quae dixi* pag. 468. ſq. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. eod. loc. §. 7. *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pand. Diſput. XLI. Th. 16. *Chriſtfr.* WAECHTLER Opuſc. iurid. pag. 179. *Io.* VOET Comm. ad Pand. Tit. de evictionib. §. 16. *Sam. de* COCCEJI iur.

Grundſtücke, für welche der Verkäufer anders nicht haften dürfe, als wenn er das Grundſtück, als ein ganz freies, mit keinen Servituten beſchwertes Grundſtück verkauft hat. Dieſe Meinung ſcheinen auch folgende Stellen zu begünſtigen.

L. 59. *D. h. t.* Cum venderes fundum, non dixiſti: *ita ut optimus maximusque*: verum eſt, quod QUINTO MUCIO placebat, *non liberum*, *ſed qualis eſſet, fundum praeſtari oportere.* Idem et in urbanis praediis dicendum eſt.

L. 75. *D. eviction.* Quod ad ſervitutes praediorum attinet, *ſi tacite ſecutae ſunt*, et vindicentur ab alio, QUINTUS MUCIUS, et SABINUS exiſtimant, *venditorem ob evictionem teneri non poſſe*: nec enim evictionis nomine quemquam teneri in eo iure, quod tacite ſoleat accedere, *niſi, ut optimus maximusque eſſet*, traditus fuerit fundus: *tunc enim liberum ab omni ſervitute praeſtandum.*

Die Worte: *ſi tacitè ſecutae ſunt*, will man nun ſo verſtehen, wenn beym Verkaufe des Grundſtücks der Servituten, die etwa auf dem Grundſtück haften könnten, keine ausdrückliche Erwähnung geſchehen iſt, ſo ſtehe auch der Verkäufer dafür nicht, ſondern er übergebe das Grundſtück, ſo wie es iſt. Allein ſervitutes, *quae tacite ſequun-*

iur. civ. controv. Lib. XIX. Tit. I. Qu. 6. *Chriſt. Henr.* BREUNING Quaeſt. iuris controv. an evictio praeſtanda evicta ſervitute. *Lipſiae 1773.* und Thibaut Syſtem des Pandectenrechts I. B. §. 182.

ſequuntur fundum, ſind vielmehr, wie andere [41]) richtiger ſagen, ſolche Dienſtbarkeiten, welche die natürliche Lage des Grundſtücks nothwendig macht, die alſo ſchon von Natur vorhanden ſind, und in die Augen fallen, ſo daß es ſich ſchon von ſelbſt verſteht, daß ſie dem Grundſtück ankleben. Z. B. der Nachbar kann nicht in ſein Grundſtück kommen, wenn er nicht über das verkaufte Grundſtück geht, oder das verkaufte Grundſtück liegt in der Tiefe, und muß alſo den Abfluß des Waſſers von dem benachbarten höher liegenden Grundſtück aufnehmen. Für ſolche Servituten, welche ſchon der Natur der Sache nach ſich von ſelbſt verſtehen, darf freilich der Verkäufer nicht haften, wofern nicht der fundus *ut optimus maximusque*, d. i. als völlig frey von allen und jeden Servituten [42]), wäre verkauft worden. Tunc enim liberum, ſagt **Venulejus**, ab omni ſervitute praeſtandum. Dahingegen muß er dem Käufer für alle demſelben nicht bekannten Paſſivſervituten, welche ſich nicht von ſelbſt verſtehen, haften, auch ſelbſt dann, wen auch der Verkäufer ſie ſelbſt nicht kannte. Der Käufer kann wenigſtens immer auf eine Verringerung des Kaufgeldes Anſpruch machen, wie auch **Paulus** lehrt *L.* 15. *§.* 1. *D. de evictionib.* Sed et ſi *ſervitus* [43]) evincatur, *quanti minoris ob id praedium eſt*,

41) S. MÜLLER ad *Struvium* Exercitat. XXVII. Th. 20. not. γ. und Franz Schöman Handbuch des Civilrechts. 2. B. S. 124—128.

42) *L. 90. L. 169. D. de Verbor. Significat.*

43) So iſt, ſtatt *ſervus*, mit Cujaz Obſervation. Lib. II. cap. 20. zu leſen. Man ſehe auch *Ant.* SCHULTING Theſ. controv. Dec. LXXXVII. Th. 6. und Weſtphal vom Kauf §. 233. u. 331.

eſt, lis aeſtimanda eſt. Ganz anders verhält ſich die Sache mit den Activſervituten. Hat der Verkäufer dieſe nicht dem Käufer beym Verkauf des Grundſtücks beſonders zugeſichert, ſo ſteht er auch nicht einmal für den nachmaligen Verluſt derſelben von Seiten des Käufers durch deſſen Unwiſſenheit und Nichtgebrauch, wofern er ſie nur nicht dem Käufer argliſtig verſchwieg [44]). Da hingegen Steuern und andere öffentliche Abgaben bey Grundſtücken gewöhnlich ſind, ſo darf der Verkäufer deren wegen keine Entſchädigung leiſten. Denn dieſe verſtehen ſich immer von ſelbſt [45]). Wegen dieſer haftet der Verkäufer nur 1) wenn er das Grundſtück als ein ſteuerfreies verkaufte, oder 2) die Abgaben kleiner, als ſie ſind, angab, oder 3) die öffentlichen Abgaben von der Art ſind, daß ſie der Käufer ohne beſondere Anzeige des Verkäufers nicht vermuthen konnte. Dieſes bewähren folgende Geſetzſtellen.

L. 21. §. 1. *D. de act. emti.* Si praedii venditor non dicat *de tributo* [46]) ſciens, tenetur ex emto. Quod-

44) *L. 66. pr. et §. 1. D. h. t. L. 75. in fin.* D. *de evict.* Weſtphal §. 231. 232. und 233.

45) *L. 7. D. de publican. et vectigal. L. 2. et 3. Cod. Sine cenſu et reliquis.* S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 15. CARPZOV Iurispr. for. P. II. Conſt. 24. def. 20. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XXIII. Th. 109. Weſtphal vom Kaufe §. 234.

46) *Tributum* war bey den Römern von vectigal und ſtipendium unterſchieden, und gehörte zu den auſſerordentlichen Abgaben. Erat, ſagt *Petr.* PERENONIUS Animadverſion. Lib. II. cap. 30. (in *Theſ. iuris Rom. Otton.* Tom. I. pag. 660.) *quod extra ordinem*

Quodſi ignorans non praedixerit, quod forte hereditarium praedium erat, non tenetur.

L. 41. *D. eodem.* In venditione ſuper annua penſitatione pro aquaeductu infra domum Romae conſtitutam [47]) nihil commemoratum eſt. Deceptus ob eam rem ex emto actionem habebit. Itaque ſi conveniatur ob pretium ex vendito, ratio *improviſi oneris* habetur.

L. 9. *Cod. eodem.* Si minor a venditore ſive ſciente ſive ignorante dicebatur capitatio praedii venditi, et maior inventa ſit: in tantum convenitur, in quantum, ſi ſciſſet emtor, ab initio minus daret pretii. Sin vero huiusmodi onera et gravamen functionis cognoviſſet, nullam adverſus venditorem habet actionem.

Es erhellet zugleich aus dieſen Geſetzſtellen, daß es bey auſſerordentlichen Abgaben, welche der Käufer nicht vermuthen konnte, nicht einmal darauf ankommt, ob der Verkäufer davon Wiſſenſchaft gehabt hat oder nicht. Er muß ſich in dem letzteren Falle wenigſtens immer eine

Min-

dinem ſolennium vectigalium ad exercitum alendum imperabatur civibus. Hiermit ſtimmt auch THEOPHILUS in Paraphr. graec. ad §. 40. I. de rer. diviſ. überein, wo er ſagt: *Tributum* eſt grave vectigal, quod ſuis provincialibus imponebat Imperator, utpote multa impendens circa ſuſtentationem militum. Man ſehe auch EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. Tom. I. Lib. XIX. Tit. 1. Qu. 9. not. q.

47) POTHIER in Pand. Iuſtin. Tom. I. Lib. XIX. Tit. 1. Nr. LIX. not. b. glaubt, daß ſtatt *conſtitutam* vielmehr *conſtituto* zu leſen ſey.

Minderung des Werths der Sache gefallen laſſen, dahingegen er in dem erſten Falle dem hintergangenen Käufer allen Schaden erſetzen muß [48]). Hierher gehört noch

L. 13. §. 6. *D. eodem.* Idem JULIANUS, dolum ſolere a venditore praeſtari, etiam in huiusmodi ſpecie oſtendit. Si, cum venditor ſciret, fundum pluribus municipiis *legata* [49]) debere, in tabula quidem conſcripſerit, *uni municipio deberi*, verum poſtea legem conſignaverit, *ſi qua tributorum, aut vectigalis, indictionisve quid nomine, aut ad viae collationem praeſtare oportet, id emtorem dare, facere, praeſtareque oportere:* ex emto eum teneri, quaſi decepiſſet emtorem. Quae ſententia vera eſt.

Hätte der Verkäufer die auf der Sache haftenden Abgaben übernommen, ſo kann zwar dieſer Vertrag dem Fiskus, welchem die Steuern gebühren, auf keine Weiſe zum Nachtheil gereichen, ſondern dieſer fordert ſie von dem Käufer, als dem gegenwärtigen Beſitzer [50]). Allein es fragt

48) Dies heißt eigentlich: *tenetur ex emto.* S. *Vinc.* CABOTIUS Variar. iuris publ. et priv. Diſputation. Lib. II. cap. 25. (in *Theſ. Meerman.* Tom. IV. pag. 638)

49) Für *legata* lieſet CUJACIUS Obſervation. Lib. V. cap. ult. mit den *Baſilicis* Tom. II. pag. 389. richtiger *vectigalia.* Man ſehe auch *Ulr.* HUBER Eunom. Rom. pag. 695. und Weſtphal vom Kaufe §. 235.

50) Ante omnia enim animadvertendum eſt, ſagt *L.* 27. §. 4. *in fin. D. de pactis*, ne conventio in alia re facta, aut cum alia perſona, in alia re, aliave perſona noceat. Ausdrücklich aber ſagt *L.* 42. *D. eodem.* Inter debitorem et creditorem convenerat, ut creditor onus tributi praedii pignerati non agnoſceret,

fragt ſich, ob der Vertrag nicht wenigſtens unter den Contrahenten dergeſtalt gültig ſey, daß der Käufer die Vergütung der bezahlten Steuern von dem Verkäufer actione emti fordern könne? Die Rechtsgelehrten ſind hierüber verſchiedener Meinung. Einige [51]) tragen kein Bedenken, dieſe Frage zu bejahen. Sie ſagen, ſo weit der Fiskus nicht darunter leidet, ſey nicht abzuſehen, warum der Vertrag unter den Partheyen nicht gelten ſolle. Die *L.* 42. *D. de pactis* erkläre dieſen Vertrag auch nur ausdrücklich *quantum ad fisci rationem* für unverbindlich. Daß aber der Vertrag unter den Contrahenten gültig ſey, lehre ganz beſtimmt *L.* 52. §. 2. *D. eodem*, wo es heißt: Pactum, ut ſi quas ſummas propter tributiones praedii pignori nexi factas creditor ſolviſſet, a debitore reciperet, et ut tributa eiusdem praedii debitor penderet, iuſtum ideoque ſervandum eſt. Allein andere [52]) verneinen

ret, ſed eius ſolvendi neceſſitas debitorem ſpectaret; talem conventionem, *quantum ad fiſci rationem*, non eſſe ſervandam reſpondi. *Pactis etenim privatorum formam iuris fiſcalis convelli non placuit.*

51) *Ant.* FABER Cod. definit. for. Lib. IV. Tit. 31. def. 1. *Io.* BRUNNEMANN Comm. ad L. 42 D. de pact. *Io. Balth. a* WERNHER Select. Obſervat. for T. I. P. II. Obſ. 389. *Aug. a* LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. I. Specim. XL. medit. 6. *Sam. de* COCCEJI Iur. civ. controv. Lib. XIX. Tit. 1. Qu. 10. und Weſtphal vom Kauf §. 629.

52) *Ge.* FRANTZKIUS Comment. ad Pand. Lib. XIX. Tit. 1. nr. 151. ſqq. *Ulr.* HUBER Praelect. iuris civ. ſec. Pandect. Lib. L. Tit. 15 §. 3. *Io.* SCHILTER Prax. iuris Rom. Ex. XXX. §. 131. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 15. *Tob. Iac.* REINHARTH Select. Obſervation.

neinen dieſe Frage mit mehrerem Grunde. Denn die Geſetze, welche für die bejahende Meinung angeführt werden, gehören gar nicht hierher. Sie reden von einem Vertrage zwiſchen dem Pfandgläubiger und dem Schuldner, daß dem erſtern die Abgaben, welche er von dem verpfändeten Grundſtück bezahlt hat, von dem Schuldner vergütet werden ſollen, und daß dieſer auch die künftigen Auflagen tragen ſoll. Dieſer Vertrag iſt allerdings erlaubt, und daher zu halten. Denn der Schuldner bleibt ja Eigenthümer, ihm müſſen auch die Früchte berechnet werden [53]. Der Gläubiger kann daher auch von Rechts wegen dasjenige dem Schuldner anrechnen, was er wegen des gehabten Pfandbeſitzes an Steuern und andern öffentlichen Abgaben hat bezahlen müſſen [54]. Ein ganz anderes Verhältniß

vation. ad *Chriſtinaei* Deciſion. Vol. III. Obſ. 25. *Ferd. Chriſtph.* HARPPRECHT Diſput. de pacto privato collectarum in alios devolutivo. (in EIUS *Diſſertation. academ.* Vol. II. Nr. 69.) *Io. Ge.* BERTOCH Diſſ. de pacto, quo venditor tributa in ſe recipit, non modo quoad fiſcum, ſed et quoad ipſos contrahentes invalido. *Erfordiae 1725.* *Ge. Sam.* MADIHN Pr. de virtute conventionis, qua fundi venditi tributa in venditorem transferuntur. *Francof. ad Viadr. 1778.* *Io. Tob.* RICHTER Diſſ. de pacto, quo quis fundum ſine tributis habeat, vel alienet, prohibito. *Lipſiae 1771.* *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. P. II. §. 191. *Io. Ern. Bernh.* EMMINGHAUS ad *Coccejum* Tom. II. pag. 449. not. 5. und beſonders *Io. Ad. Theoph.* KIND Quaeſtion. for. Tom. IV. cap. 43. auch HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 1907. in fin.

53) *L. 1. et 3. Cod. de pignor. act.*

54) *L. 6. Cod. de pignorib.* In ſumma debiti computabitur etiam id, quod propter poſſeſſiones pignori datas ad collationem viarum

hältniß findet zwiſchen dem Käufer und Verkäufer Statt. Auf den erſtern iſt durch die Uebergabe Eigenthum und Beſitz übertragen worden. Er zieht auch als Eigenthümer die Früchte der Sache. Nun ſagt *L.* 2. *Cod. de annonis et tributis.* Annonas is ſolvere debet, qui poſſeſſiones tenet, et fructus percipit. Welche auffallende Unbilligkeit würde alſo nicht ein ſolcher Vertrag ſchon ſeiner Natur nach mit ſich führen, wenn der Verkäufer die Laſt der Auflagen tragen ſollte, während der Käufer die Sache beſitzt, und die Früchte derſelben genießt? Mit Recht ſagt daher **Paulus** *L.* 13. *D. de impenſis in res dotales factis*: Neque ſtipendium, neque tributum, ob dotalem fundum praeſtita exigere vir a muliere poteſt: *onus enim fructuum haec impendia ſunt.* Es fehlt aber auch nicht an ausdrücklichen Geſetzen, welche dem Vertrage auch ſelbſt unter den Contrahenten alle verbindliche Kraft abſprechen, ja ihn als einen unbilligen Vertrag verbieten, damit nicht gewinnſüchtigen Käufern hierdurch Gelegenheit gegeben werde, ſich die Verlegenheit der für den Augenblick Geldes benöthigten Verkäufer zu Nutze zu machen. Es ſind hier folgende Geſetze merkwürdig.

L. 1. *Cod. Sine cenſu vel reliquis.* Ex conventione quidem, qua pactam novercam tuam cum patre tuo dicis, cum fundum in dotem daret, *ut ipſa tributa agnoſceret*, actio tibi adverſus eam competere non poteſt, etiamſi pactum in ſtipulationem deductum probetur. Sed et ſi fundus aeſtimatus, ita ut pars inſtrumenti

rum muniendarum vel quodlibet aliud neceſſarium obſequium praeſtitiſſe creditorem conſtiterit.

menti ſignificat, in dotem datus eſt, *ex vendito actio, ut placitis ſtetur, non competit.*

L. 2. *Cod. eodem.* Rei annonariae emolumenta tractantes, cognovimus, hanc eſſe cauſam maxime reliquorum [55]), *quod nonnulli captantes aliquorum momentarias neceſſitates ſub hac conditione fundos comparant, ut ne reliqua eorum fisco inſerant, et immunes eos poſſideant.* Ideoque placuit, ut ſi quem conſtiterit huiusmodi habuiſſe contractum, atque hac lege poſſeſſionem eſſe mercatum: tam pro ſolitis cenſibus fundi comparati, quam pro reliquis univerſis eiusdem poſſeſſionis obnoxius teneatur: *cum neceſſe ſit, eum, qui comparavit, cenſum rei comparatae agnoscere: nec liceat cuiquam rem ſine cenſu comparare vel vendere* [56]).

L. 3. *Cod. eodem.* Omnes pro his agris, quos poſſident, publicas penſitationes agnoſcant: *nec pactionibus contrariis adiuventur, ſi venditor apud ſe collationis ſarcinam pactione illicita voluerit retinere.*

Dieſen ſind noch folgende zwey Stellen aus dem Theodoſianiſchen Codex beyzufügen.

L. 2.

55) *Reliqua* ſind rückſtändige Abgaben, tributa praeteriti temporis. S. *Iac.* GOTHOFREDI Gloſſarium Cod. Theodoſ. h. voc. in Tom. VI. pag. 261. Daß ſolche Rückſtände, wenn ſie der Käufer bezahlt, von dem Verkäufer wieder gefordert werden können, hat wohl keinen Zweifel. Allein es iſt von dieſen allein in dem Geſetz die Rede nicht, ſondern von einer gänzlichen Immunität, die ſich der Käufer ausbedungen hatte. Dieſe wird hier gemißbilliget.

56) Dieſes Geſetz iſt aus *L.* 1. *Cod. Theod. Sine cenſu vel reliquis*, und *L.* 2. *Cod. de contrah. emt.* zuſammengeſetzt.

L. 2. Cod. Theod. eodem. Mancipia adſcripta cenſibus [57]) intra provinciae terminos diſtrahantur, et qui emtione dominium nacti fuerint, inſpiciendum [58]) ſibi cognoſcant. Id quod in poſſeſſione quoque ſervari rationis eſt. *Sublatis pactionibus eorundem* [59]) onera et penſitationes publicae ad eorum ſollicitudinem ſpectent, ad quorum dominium poſſeſſiones eaedem migraverunt.

L. 4. Cod. Theod. eodem. Dominum, qui fructus capit, tributa exigi iuſtum eſt.

§. 986.

II. Verbindlichkeiten von Seiten des Käufers.

Der Käufer iſt dagegen I. zur Bezahlung des Kaufgeldes, und zwar gleich nach geſchehener Uebergabe, verpflichtet. So lange er dieſer Verbindlichkeit kein Genüge gethan hat, geht auch das Eigenthum nicht auf ihn über, wenn ihm nicht etwa das Kaufgeld creditirt worden iſt [60]). Wird das Kaufgeld nicht gleich bezahlt, ſo iſt der Käufer ſolches zu verzinſen ſchuldig [61]). Der Grund hiervon liegt nicht

57) Sklaven, welche, wie die Güter, in dem Kataſtrum mit Steuern belegt waren.

58) *Inſpicere* iſt hier ſoviel, als agnoſcere tributa. Sie ſollen die Steuern ſelbſt entrichten. S. GOTHOFREDI Gloſſar. h. Voc.

59) Sc. *emtorum*. So *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad h. L. Allein Weſtphal vom Kauf §. 630. will *earundem* leſen ſc. poſſeſſionum.

60) *§. 41. I. de rer. diviſ. L. 19. D. h. t.* S. den 8. Th. dieſes Commentars §. 582. S. 113. f.

61) S. *Gabr.* SCHWEDER Diſſ. de uſuris pretii tardius ſoluti. *Tubingae 1689.* und Ad. Diet. Webers Verſuche über das Civilrecht. Nr. III. §. 7. S. 252. ff.

nicht immer in einem zu Schulden gebrachten ungebührlichen Verzuge; ſondern er kann 1) in einem **Vertrage** beruhen, wenn Zinſen bedungen worden ſind. Hier kann der Zinſen wegen auch eine beſondere Klage erhoben werden [62].

L. 5. Cod. de pactis inter emtor. et venditor. compoſ. Initio venditionis ſi pactus es, ut is, cui vendidiſti poſſeſſionem, pretii tardius exſoluti tibi uſuras penſitaret: non immerito exiſtimas, etiam eas tibi, adito praeſide provinciae, ab emtore praeſtari debere.

2) Beſonders aber können die Zinſen von dem Kaufgelde alsdann gefordert werden, wenn der Käufer die Bezahlung deſſelben **ohne rechtmäßigen Grund** verzögerte. Hier begründet die *mora* des Käufers eine Verbindlichkeit zur Bezahlung der Zinſen, welche a) wenn das Kaufgeld creditirt, und auf Termine geſetzt worden, erſt nach Ablauf derſelben; b) wenn das Kaufgeld zwar geborgt, aber keine Zahlungszeit beſtimmt worden, von Zeit der geſchehenen Erinnerung, oder Interpellation an, ſie geſchehe übrigens gerichtlich oder auſſergerichtlich [63]; und c) wenn das Kaufgeld nicht creditirt worden iſt, gleich nach geſchehener Uebergabe der Sache eintritt [64]. Von dieſer mora handeln folgende Geſetzſtellen.

L. 5. Cod. cit. Nam ſi initio contractus non es pactus, *ſi coeperis experiri, deberi ex mora duntaxat uſuras;*

62) **Weſtphal** vom Kauf. §. 556.

63) *L. 32. pr. D. de uſuris.*

64) *Ge.* BROEKEL Diſſ. de uſuris pretii, an et a quonam tempore mercator illas exigere poſſit? *Goettingae 1770.*

ras; tam ab ipſo debitore, quam ab eo, qui in omnem cauſam emti ſuam fidem adſtrinxit, de iure poſtulabis.

L. 13. §. 20. *D. de act. emti et vend.* Veniunt autem in hoc iudicium ſc. venditi — item *uſurae pretii poſt diem traditionis*; nam cum re emtor fruatur, aequiſſimum eſt, eum uſuras pretii pendere.

L. 2. *Cod. de uſuris*: Uſuras emtor, cui poſſeſſio rei tradita eſt, ſi pretium venditori non obtulerit: quamvis pecuniam obſignatam in depoſiti cauſam habuerit, aequitatis ratione praeſtare cogitur.

Die mora des Käufers entſteht hier ex re, und erfordert daher keine Interpellation, obwohl Siphan [65]) irrig das Gegentheil behauptet. Denn die von ihm angeführten *L.* 13. *Cod. de act. emti et vend.* Venditor quoque pretium tantam, *ac*, *ſi mora interceſſiſſe probetur*, *uſuras officio iudicis exigere poteſt.*, und *L.* 19. *D. de peric. et comm. rei vend.* Venditori, *ſi emtor in pretio ſolvendo moram fecerit*, *uſuras duntaxat praeſtabit*, non omne omnino, quod venditor, mora non facta, conſequi potuit; veluti ſi negotiator fuit, et pretio ſoluto ex mercibus plus, quam ex uſuris, quaerere potuit, beweiſen ſeine Meinung nicht [66]). Eben ſo ungegründet iſt Leyſers [67]) Behauptung, welcher nicht erſt von

65) Expoſit. difficilior. LL. Cod. ad L. 5. de act. emti et vend.

66) S. FRANTZKIUS Comm. ad Pand. Lib. XIX. Tit. 1. nr. 423. ſeqq. Strubens rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 89. *de* COCCEJI ius civ. controv. Lib. XIX. Tit. 1. Qu. 16. *Ioſ.* FINESTRES in Hermogeniano ad L. 19. D. de peric. et comm. rei vend. pag. 464. ſqq. und BROEKEL cit. Diſſ §. 13.

67) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCXI. medit. 2.

von der Zeit der geſchehenen Ueberlieferung der Sache, ſondern ſchon von dem Moment an, da der Kauf zur Richtigkeit gekommen iſt, den Käufer zur Bezahlung der Zinſen des Kaufgeldes verurtheilt wiſſen will, wenn er von dieſer Zeit an die Früchte erhalten hat. Denn eine Verbindlichkeit zur Bezahlung der Zinſen des Kaufgeldes kann ja nicht früher entſtehen, als dem Verkäufer die Klage aus dem Contract zuſtand. Dieſe ſteht aber demſelben erſt nach der Uebergabe der Sache zu [68]; daher wird auch erſt von dieſer Zeit an der Anfang der mora auf Seiten des Käufers gerechnet. *Poſt rem traditam*, ſagt **Paulus** [69]), *niſi emtor pretium ſtatim exſolvat*, *uſuras eius praeſtare cogendus eſt.* Uebrigens werden dieſe Zinſen nach dem römiſchen Recht nur bey der erhobenen Klage auf die Bezahlung des Kaufgeldes officio iudicis zuerkannt; iſt das Kaufgeld einmal bezahlt, wenn gleich die Bezahlung erſt nach eingetretener mora des Käufers erfolgte, ſo findet der Zinſen wegen keine Klage weiter Statt, wie **Hermogenian** *L.* 49. §. 1. *D. de act. emti et vend.* lehrt: Pretii ſorte, licet poſt moram, ſoluta, uſurae peti non poſſunt, cum hae non ſint in obligatione, ſed *officio iudicis* praeſtentur. Zwar will dieſes **Weſtphal** [70]) für eine bloße römiſche Aengſtlichkeit halten, auf die heutzutage keine Rückſicht mehr zu nehmen ſey; jetzt heiße es: ubi non deficit ius, ibi non deficit actio. Allein daß er hierin die Meinung der bewährteſten praktiſchen Rechtsgelehr-

68) *L.* 25. *D. de act. emti et vend.* *L.* 5. *in fin. D. de reſcind. vendit.*

69) Sent. recept. Lib. II. Tit. 17. §. 9.

70) Vom Kaufe §. 557.

gelehrten gegen ſich habe, iſt ſchon an einem andern Orte [71]) bemerkt worden.

3) Zuweilen muß der Käufer das Kaufgeld verzinſen, wenn er gleich weder Zinſen verſprochen, noch ſich eines widerrechtlichen Verzugs ſchuldig gemacht hat, ſondern gerechte Urſache hatte, das Kaufgeld zurück zu behalten. Dieß iſt der Fall, wenn ihn ein Dritter wegen der Sache in Anſpruch nahm, und ihm daher eine Entwährung drohete, oder wenn ihm die Bezahlung des Kaufgeldes vom Richter ſelbſt war verboten worden, weil ein Dritter daſſelbe mit Arreſt belegen ließ. Hier liegt der Grund in einer geſetzlich anerkannten Billigkeit. Vermöge derſelben ſoll ſich der Käufer ohne Bewilligung des Verkäufers nicht unentgeldlich in dem Genuß der Sache und des Kaufgeldes befinden, ſondern das letztere ſchlechterdings verzinſen, geſetzt auch, daß er beweiſen könnte, er habe die ihm übergebene Sache oder das zurückbehaltene Geld ganz ungenutzt gelaſſen, genug wenn er es hätte benutzen können, wie folgende Geſetzſtellen beweiſen.

L. 13. *§.* 20. *et* 21. *D. de act. emti et vend.* Cum re emtor fruatur, aequiſſimum eſt, eum uſuras pretii pendere. *Poſſeſſionem autem traditam accipere debemus*, etſi precaria ſit poſſeſſio: hoc enim ſolum ſpectare debemus, *an habeat facultatem fructus percipiendi.*

L. 5. *Cod. de act. emti et vend.* Curabit Praeſes provinciae, compellere emtorem, *qui nactus poſſeſſionem fructus percepit*, partem pretii, quam penes ſe habet, cum uſuris reſtituere: quas et perceptorum fructuum

71) S. den 4. Th. dieſes Commentars §. 331. S. 429. f.

ctuum ratio, et minoris aetatis favor, *licet nulla mora interceſſerit*, generavit.

Daß in dem letzteren Geſetz der Verkäufer zugleich minderjährig war, iſt, wie **Weſtphal** [72]) ganz richtig bemerkt hat, nicht der Hauptentſcheidungsgrund. Dieſer beruhet darin, daß der Käufer den Beſitz der Sache erhalten, und die Früchte derſelben gezogen hatte. Dieſer Grund würde dem Verkäufer auf jeden Fall zu Statten gekommen ſeyn, auch wenn er großjährig geweſen wäre. Dennoch ſind mehrere Rechtsgelehrten anderer Meinung. Sie glauben von einem mit Arreſt belegten Kapital dürften keine Zinſen bezahlt werden [73]), und auch eine bevorſtehende Eviction befreye den Käufer von den Zinſen [74]). Allein weder das eine noch das andere läßt ſich rechtfertigen. Der gerichtliche Arreſt ſoll nur, zur Sicherheit desjenigen, der ihn auswirkte, verhindern, daß das Kaufgeld nicht in die Hände des Verkäufers gerathe. Er giebt aber dem Käufer nicht mehr Recht an dieſem Gelde, als er vorher ſchon hatte. Er ändert alſo auch das Rechtsverhältniß deſſelben nicht in dem Betrachte, daß dieſer nun beydes, Waare und Kaufgeld, unentgeldlich gebrauchen

72) Vom Kaufe §. 553. a. E. Man ſehe auch **Webers** Verſuche a. a. O. §. 7. S. 255. ff.

73) **Struben** rechtliche Bedenken. Th. IV. Bed. 102. **Hufeland** Lehrbuch des Civilrechts. 1. B. §. 475.

74) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XIX. Tit. I. §. 53. MENCKEN Gymnaſium iuris polem. Diſſ. XIV. Th. 2. MÜLLER Obſervat. pract. ad Leyſerum Tom. III. Obſ. 437. **Hufeland** a. a. O. Not. b.

chen dürften [75]). Eben ſo wenig darf ſich aber auch der Käufer, gegen den ein Dritter die Eigenthumsklage angeſtellt hat, darum, weil er nicht ſchuldig iſt, dem Verkäufer vor beſtellter Sicherheit das Kaufgeld zu bezahlen [76]), für berechtiget halten, daſſelbe neben der Sache zu benutzen, wenn er es nicht verzinſen will [77]). Nur durch ordnungsmäßige Depoſition des Geldes würde der Käufer von den Zinſen frey werden [78]). Unterläßt er dieſes, ſo iſt er unſtreitig Zinſen zu bezahlen ſchuldig, geſetzt auch, daß er zeigen wollte, er habe das zurückbehaltene Geld unbenutzt gelaſſen, oder er ſey am Gebrauche der Sache zufällig gehindert werden [79]). Leyſer [80]) iſt zwar anderer Meinung; allein ſchon Pufendorf [81]) beſtritte dieſe Meinung, und

75) S. de COCCEJI ius civ. controv. Lib. XIX. Tit. 1. Qu. 16. Ampl 3. et ad *Eundem* EMMINGHAUS not. z. Tom. II. p. 454. und Webers angef. Verſuche S. 261.

76) *L. 18. §. 1. D. de peric. et comm. rei vend. L. 24. Cod. de eviction.*

77) VOET Comm. ad Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 19. CARPZOV Iurispr. for. P. III. Conſt. 34 Def. 38. *de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. XIX. Tit. 1. Qu. 17. und WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. III. cap. IV. Membr. IV. Subſ. 1. §. 14.

78) *L. 18. §. 1. D. de Uſur.* Poſt traditam poſſeſſionem defuncto venditore, cui ſucceſſor incertus fuit, medii quoque temporis uſurae pretii, *quod in cauſa depoſiti non fuit*, praeſtabuntur.

79) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 56.

80) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCXI. medit. 5. in fin. et Specim. CCXLIII. medit. 11.

81) Obſervation. iuris univ. Tom. III. Obſ. 170.

und Weber[82]) hat ſie gründlich widerlegt. Es darf uns nicht irre machen, wenn die oben angeführten Geſetze der Perception der Früchte namentlich gedenken, und hierin einen beſondern Grund der Billigkeit ſetzen, die Zinſen des Kaufgeldes von Zeit des erhaltenen Beſitzes an zu bezahlen. Denn dieſes bezieht ſich offenbar nur darauf, daß mit dem Beſitz auch gemeiniglich der Genuß der Früchte verbunden iſt. Nur in dieſer Beziehung ſagt daher **Paulus** *L.* 16. §. 1. *D. de uſuris: iniquum eſſe, uſuras ab eo exigi*, qui fructus non percepiſſet, weil in dem Falle, welchen er hier entſchied, der Käufer dem Verkäufer die Einrede entgegengeſetzt hatte, daß ihm der Beſitz noch nicht übergeben ſey[83]). Daß es aber ſchon genug ſey, wenn der Käufer durch Uebergabe der Sache rechtlich in den Stand geſetzt iſt, dieſelbe zu benutzen, wird in der oben angeführten *L.* 13. §. 21. *D. de act. emti vend.* deutlich erklärt. Daher kann auch die Größe der Zinſen nicht nach der Größe des Nutzens beſtimmt werden, den der Käufer gezogen hat, weil eine ſolche Berechnung ſehr unſicher, und mit vielen Schwierigkeiten verbunden ſeyn würde[84]), ſondern der Käufer muß immer die ordentlichen geſetzmäßigen Zinſen bezahlen.

82) Verſuche a. a. O. S. 259.

83) Ganz anders würde gewiß die Entſcheidung ausgefallen ſeyn, wenn der Käufer eingeräumt hätte, den Beſitz der Sache erhalten zu haben. Hier würde ihm wohl die Einrede, er habe keine Früchte gezogen, nicht zu Statten gekommen ſeyn. S. FRANTZKII Comm. ad Pand. Lib. XIX. Tit. 1. nr. 420.

84) S. FRANTZKIUS in Comm. ad Pand. Lib. XIX. Tit. 1. nr. 384. ſqq.

ken [85]). Außer dieſen Zinſen kann auch der Verkäufer kein weiteres Intereſſe in Anſchlag bringen [86]).

Man ſtreitet noch darüber, ob auch ein Kaufmann von rückſtändigen Waarenſchulden Zinſen zu fordern berechtiget ſey [87])? Einige [88]) wollen den Kaufleuten dieſes Recht ſchlechterdings, und zwar aus dem Grunde abſprechen, weil ein Kaufmann ſeine Waaren ſchon mit Gewinn

85) *L. 1. pr. L. 37. D. de uſuris.*

86) *L. 19. D. de peric. et comm. rei vend.* Dieſem iſt *L. 2. in fin. D. de eo, quod certo loco* nicht entgegen, denn in dieſem Geſetz iſt von dem Falle die Rede, da das Geld an einem beſtimmten Orte zu bezahlen, ausdrücklich war verſprochen worden. Hier kommt freylich das intereſſe loci, und aller entzogene Gewinn in Anſchlag, wenn die Bezahlung nicht an dieſem Orte geſchahe. Die condictio de eo, quod certo loco, welche in dieſem Falle Statt hat, iſt deswegen eine actio arbitraria. Allein die Zinſen des ſchuldigen Kaufgeldes, wenn ſolche nicht beſonders ausbedungen worden ſind, können nur officio iudicis zuerkannt, aber mit keiner eigenen Klage gefordert werden. Der Richter kann aber nur auf die geſetzmäßigen Zinſen erkennen. S. *Ger.* NOODT de foenore et uſuris Lib. II. cap. 6. und *Ioſ.* FINESTRES in Hermogeniano. ad L. 19. D. de peric. et comm. rei vend. §. 9. et 10. pag. 469. ſqq.

87) *Traug.* THOMASII Probl. iurid. an mercator uſuras pretii exigere poſſit? *Lipſiae 1734. Chriſt. Gotth.* GUTSCHMID Iura mercatorum in exigendis uſuris ex mora in ſolvendo mercium pretio facta. *Lipſiae 1751. Ge.* BROEKEL Diſſ. de uſuris pretii, an et a quonam tempore mercator illas exigere poſſit? *Goettingae 1770.*

88) MEVIUS P. III. Deciſ. 11. STRUV Synt. iuris civ. Exerc. XXVII. Th. 48. CHRISTINAEUS Deciſ. Vol. III. Deciſ. 42. nr. 7. ſqq. RICHTER Deciſ. LXXIV. nr. 51. et 52.

winn verkaufe, und es unbillig ſey, durch Forderung der Zinſen einen doppelten Gewinn zu ziehen. Andere [89]) behaupten, der Kaufmann könne nur beym Großhandel, das heißt, wenn er Waaren in größern Quantitäten der Zahl, des Maßes oder des Gewichts verkauft, nicht beym Detail-Handel Zinſen fordern. Viele [90]) ſagen ferner, nach dem Herkommen unter Kaufleuten werde die Forderung der Zinſen von Waarenſchulden nur dann für rechtmäßig gehalten, wenn die Schuld nicht binnen Jahresfriſt nach geſchloſſenem Kaufe und erfolgter Ueberlieferung der Waaren bezahlt worden iſt. Darauf werde auch in den Gerichten, wie auf jeden andern notoriſchen Handelsgebrauch, geſprochen. Noch andere [91]) meinen, der Kaufmann könne die Zinſen von der Zeit an fordern, da er den Schuldner durch Einreichung des Conto, oder gerichtlich gemahnt hat. Allein es iſt durchaus kein Grund vorhanden, in Anſehung rückſtändiger Waarenſchulden von den Grundſätzen des gemeinen Rechts abzuweichen. Die

89) VOET Comm. ad Pand. Lib. XXII. Tit. 1. §. 12.

90) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCXI. medit. 7. PUFENDORF Obſervat. iuris univ. Tom. IV. Obſ. 151. *de* BEHMER nov. iure controv. Tom. II. Obſ. 109. Joh. Chriſt. Lud. Freſenius Meditationen für Rechtsgelehrte 2. Band. Medit. IV. S. 140. ff. Fiſchers Cameral- und Polizeyrecht. 3. Band S. 192. Lobethan Grundſätze des Handlungsrechts §. 89. und Runde Beyträge zur Erläuterung rechtlicher Gegenſtände. 1. Band Nr. VI. S. 203. ff.

91) Struben rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 31. WERNHER ſelect. Obſervat. for. Tom. II. P. VI. Obſ. 427. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom. III. §. 1934. not. f.

Die meiſten Rechtsgelehrten [92]) ſtimmen daher darin überein, daß auch dieſer Punkt nach eben den Grundſätzen zu beurtheilen ſey, welche von den Zinſen des Kaufgeldes überhaupt gelten. Denn die oben angeführten Geſetze reden ganz allgemein, und machen in Anſehung der Kaufleute keine Ausnahme. Ja die Geſetze [93]) erlauben nicht nur überhaupt den Kaufleuten, Zinſen zu fordern, ſondern ſie begünſtigen ſogar dieſelben in Anſehung der Zinſen mehr, als andere Gläubiger, indem ſie ihnen erlauben, acht vom Hundert zu nehmen [94]).

§. 987.

Fortſetzung.

Der Käufer iſt ferner II. den Kaufpreis mit ſolchem Gelde zu bezahlen ſchuldig, welches der Verkäufer behalten kann. Er darf ihn alſo nicht mit fremden Gelde ohne Einwilligung des Eigenthümers bezahlen. Die römiſchen Rechtsgelehrten machen uns hier auf einen Unterſchied aufmerkſam, der zwiſchen dem Käufer und Verkäufer Statt findet. Letzter thut ſeiner Verbindlichkeit ein Genüge, wenn er dem Käufer die Sache übergiebt, und ihn auf den Fall, da

92) *Tob. Iac.* REINHARTH Select. Obſervat. ad *Chriſtinaei* Deciſiones. Vol. I. Obſ. 76. WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. III. Cap. IV. membr. IV. Subſ. I. §. 13. Weber Verſuche über das Civilrecht. S. 259. BROEKEL cit. Diſſ. §. 16. et 17. MÜLLER Obſervat. pract. ad *Leyſerum* Tom. II. Faſc. II. Obſ. 433. GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviſſ. T. II. §. 962. not. f.

93) *L. 19. D. de peric. et comm. rei vend.*

94) *L. 26. §. 1. Cod. de Uſuris.*

da ein Dritter ihm etwa die Sache abſtreiten ſollte, die Eviction leiſtet. Wird die Sache nicht entwährt, ſo findet gegen ihn keine Klage Statt, wenn auch eine fremde Sache wäre verkauft worden, wofern dem Verkäufer nur kein Dolus zur Laſt fällt. Anders verhält ſich's mit dem Käufer. Von dieſem ſagt **Ulpian** *L.* 11. §. 2. *D. de act. emti et vend.* nummos venditoris facere cogitur; und **Paulus** fügt *L.* 1. *D. de rerum permutat.* noch hinzu: Emtor, *niſi nummos accipientis fecerit*, tenetur ex vendito. Der Verkäufer kann alſo ſofort gegen den Käufer klagen, wenn das bezahlte Kaufgeld kein Eigenthum des letztern war. Der Grund, ſagt **Weſtphal** 95), liegt in dem Unterſchiede zwiſchen dare und tradere, zu dieſem iſt der Verkäufer, zu jenem aber der Käufer verpflichtet. Nur Erſteres ſchließt den Begriff von Uebertragung des Eigenthums in ſich, nicht Letzteres. Hat nun der Käufer den Verkäufer mit fremden Geldern bezahlt, ſo laſſen ſich hier folgende Fälle gedenken. a) Der Käufer hat mit des Verkäufers eigenem Gelde das Kaufgeld bezahlt. Hier wird er von ſeiner Verbindlichkeit nicht frey, ſondern der Verkäufer behält ſeinen Anſpruch auf das ganze Kaufgeld eben ſo, als ob gar nichts bezahlt worden wäre.

L. 7. *Cod. de act. emti et vend.* Conſequens eſt, integram te habere actionem pretii, cum proprii venditoris nummi ſoluti non praeſtent emtori liberationem.

b) Der Käufer hat mit dem Gelde eines dritten Eigenthümers ohne deſſen Einwilligung bezahlt. Hier kann der Eigenthümer das Geld vindiciren, ſofern es noch in Natur beyſammen iſt. Hat aber der Verkäufer das fremde

95) Vom Kaufe §. 550.

de Geld ſchon mit ſeinem eigenen Gelde ſo vermiſcht, daß es nicht mehr von einander zu unterſcheiden iſt, ſo erwirbt der Verkäufer das Eigenthum daran durch die Commixtion, und der Eigenthümer des Geldes muß ſich an den Käufer halten [96]. Auf keine Weiſe kann jedoch der Eigenthümer des Geldes die damit bezahlte Sache ſelbſt in Anſpruch nehmen, wofern er nicht zu den Perſonen gehört, welche das Vorrecht haben, daß Sachen, welche mit ihrem Gelde erkauft ſind, ihr Eigenthum werden, wenn ſie auf keine andere Art entſchädiget werden können [97].

III. Der Käufer iſt nicht minder dem Verkäufer zur Erſtattung aller nach Abſchluß des Kaufs aufgewandten nothwendigen und nützlichen Auslagen und Unkoſten verbunden, weil ihm von der Zeit an alle Vortheile und Nutzungen der Sache gehören.

L. 13. §. 22. *D. de act. emti et vend.* Praeterea ex vendito agendo, conſequetur etiam ſumtus, qui facti ſunt in re diſtracta: utputa ſi quid in aedificia diſtracta erogatum eſt. Scribit enim *Labeo* et *Trebatius*, eſſe ex vendito hoc nomine actionem.

L. 13. *Cod. eodem.* Fructus poſt perfectum iure contractum emtoris ſpectare convenit, ad quem et functionum gravamen (die Laſt der Abgaben) pertinet.

L. 16. *Cod. eodem.* Poſt perfectam venditionem foetus quidem pecorum emtori, venditori vero ſumtus, ſi quos bona fide fecerit, reſtitui debere notiſſimum eſt.

End-

96) *L. 78. D. de ſolution.*

97) S. den 8. Theil dieſes Commentars. §. 585. S. 159. ff.

Endlich IV. muß auch der Käufer dem Verkäufer allen mit Vorſatz oder aus Nachläßigkeit verurſachten Schaden vergüten. Dahin gehört wenn der Käufer von der ihm verkauften Sache vorher etwas entwendet, und durch dieſe Argliſt es dahin zu bringen gewußt hat, daß ihm der Verkäufer die Sache wohlfeiler verkaufen mußte [98]), oder wenn der Käufer durch rechtswidrige Verzögerung in Annehmung der Sache den Verkäufer in Schäden und Koſten geſetzt hat [99]).

§. 988.

Erfüllung des Kaufcontracts und deren rechtliche Folgen.

Von der Schließung des Kaufs iſt die Erfüllung deſſelben zu unterſcheiden. Dieſe geſchiehet von Seiten des Verkäufers durch die auf geſetzmäßige Art bewirkte Uebergabe der Sache, von Seiten des Käufers aber durch die Bezahlung des Kaufgeldes. Von dieſer Erfüllung hängt die Uebertragung des Eigenthums ab. Der Zahlung wird jedoch auch jede andere Befriedigung des Verkäufers, ſo wie Creditgebung, welche nicht nur ausdrücklich, ſondern auch ſtillſchweigend durch Annahme eines Bürgen oder einer andern Sicherheit geſchehen kann, gleichgeachtet [100]).

L. 19. *D. h. t.* Quod vendidi, non aliter fit accipientis, quam ſi aut pretium nobis ſolutum ſit, aut ſatis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emtori ſine ulla ſatisfactione.

 L. 5.

98) *L. 13. §. 5. D. de act. emti et vend.*

99) *L. 38. §. 1. D. eodem.*

100) VOET Comm. ad Pand. Lib. XIX. Tit. I. §. II.

L. 5. §. 18 *D. de tribut. act.* Res venditae non alias deſinunt eſſe meae, quamvis vendidero, niſi aere ſoluto, vel fideiuſſore dato, vel alias ſatisfacto.

L. 53. *D. h. t.* Ut res emtoris fiat, nihil intereſt, utrum ſolutum ſit pretium, an eo nomine fideiuſſor datus ſit. Quod autem de fideiuſſore diximus, plenius acceptum eſt, qualibet ratione ſi venditori de pretio ſatisfactum eſt, veluti expromiſſore, aut pignore dato, proinde ſit, ac ſi pretium ſolutum eſſet.

Uebrigens wird ein Kauf auf Borg im Zweifel nicht vermuthet [1]).

§. 989.

Natur des Kaufcontracts. Wer kann kaufen und verkaufen?

Aus dem Vorhergehenden ergiebt ſich, daß der Kauf ein Bilateral-Contract ſey, welcher mit wechſelſeitigen Präſtationen verbunden iſt, und, als Conſenſualcontract, lediglich nach der Vernunft und Billigkeit beurtheilt werden muß. Er iſt daher auch bey vorkommenden Dunkelheiten immer ſo zu erklären, wie es der Natur dieſes Contracts am gemäßeſten iſt. Inſonderheit hat man bey der Erklärung deſſelben auf die Umſtände zu ſehen, welche zur Zeit ſeiner Errichtung vorhanden waren [2]). Denn der Verkäufer iſt nicht ſchuldig mehr zu liefern, als er hat verkaufen wollen, und zu verkaufen verſprochen hat. Bleibt dieſes jedoch zweifelhaft, ſo iſt der Contract wider den Verkäufer zu erklären, ſofern es an ihm lag, denſelben deut-

licher

1) S. WALCH Introd. in controv. iur. civ. pag. 599.

2) *L.* 69. *L.* 77. *D. h. t.* S. Weſtphal §. 31.

licher zu faſſen [3]). Aus der Natur dieſes Contracts erklärt ſich auch, daß jeder kaufen und verkaufen dürfe, welcher einwilligen, und über ſeine Güter ſelbſt verfügen kann, ſo weit ihm nicht geſetzliche Verordnungen im Wege ſtehen. Denn ſo dürfen 1) Vormünder nicht Sachen ihrer Mündel und Pflegbefohlnen für ſich kaufen [4]; weil, wie Ulpian [5]) ſagt, der Vormund nicht Käufer und Verkäufer zugleich ſeyn kann. Soll ein ſolcher Kauf gelten, ſo muß die Erlaubniß der Obrigkeit, oder die Einwilligung des Mitvormundes hinzukommen [6]). Auch iſt den Vormündern bey öffentlichen Verſteigerungen Sachen ihrer Mündel zu kaufen unverwehrt [7]). Außerdem darf der Vormund weder ſelbſt noch durch eine Mittelsperſon Sachen ſeines Mündels an ſich kaufen [8]). Der Kauf iſt nichtig, und kann zu jeder Zeit angefochten werden, wenn nicht der Mündel nach erreichter Großjährigkeit denſelben genehmiget [9]). Daſſelbe gilt auch von Procuratoren und andern

3) *L. 21. L. 33. D. h. t. L. 39. D. de pactis. L. 172. pr. D. de div. reg. iur.* Dieſen Stellen iſt die *L. 34. pr. D. h. t.* nicht entgegen, wie ſchon an einem andern Orte gezeigt worden iſt. S. den 4. Th. dieſes Commentars §. 297. S. 161. vergl. mit §. 344. S. 569.

4) *L. 34. §. 7. D. h. t.*

5) *L. 5. §. 2. D. de auctor. tutor.* Eigentlich beruhet das ganze Verbot auf dem Grundſatz des Röm. Rechts: tutor in rem ſuam auctor fieri nequit. *L. 7. pr. D. eodem.*

6) *L. 5. §. 2. D. de auct. tut.*

7) *L. 5. Cod. h. t.*

8) *L. 5. §. 3. et 4. D. de auct. tutor.*

9) *L. 5. §. 2. D. eodem.*

andern Verwaltern fremder Güter in Anſehung der ihrer Verwaltung anvertrauten Sachen [10]). Denn auch ſie würden, zum Nachtheil des Eigenthümers, Käufer und Verkäufer zugleich werden. Daß dieſe jedoch mit Einwilligung der Eigenthümer ſolche Sachen an ſich kaufen dürfen, hat keinen Zweifel [11]). Es läßt ſich ferner mit Grund behaupten, daß auch Staatsbeamte diejenigen Sachen und Güter, deren Verkauf durch ihre Dazwiſchenkunft geſchieht, nicht ſelbſt kaufen dürfen. Denn die Verordnung der Kaiſer **Sever** und **Antoninus**, welche **Marcian** *L.* 46. *D. h. t.* anführt, ſagt ganz allgemein, daß diejenigen, welche Sachen, die ihrer Amtsverwaltung anvertraut ſind, oder deren Veräuſſerung unter ihrer Leitung ſteht, widerrechtlich an ſich kaufen, nicht nur mit dem Verluſt der Sache, ſondern auch noch überdem mit dem vierfachen Erſatz des Werths beſtraft werden ſollen. Non licet *ex officio, quod adminiſtrat quis*, emere quid, vel per ſe, vel per aliam perſonam: alioquin non tantum rem amittit, ſed et in quadruplum convenitur ſecundum conſtitutionem *Severi* et *Antonini* [12]). Die folgenden Worten: Et hoc ad *Procuratorem quoque Caeſaris* pertinet, beſtärken dieſes noch mehr, beſonders wenn man da mit noch die *L.* 18. *Cod. de reſcind. vendit.* verbindet. Unrichtig iſt es jedoch, wenn **Anton Faber** [13]) die Strafe des vierfachen Erſatzes nur auf Magiſtratsperſonen einſchrän-

10) *L.* 34. §. 7. *D. h. t.*

11) **Weſtphal.** §. 43.

12) Man ſehe über dieſe Stelle *Ioſ.* FINESTRES Hermogenian. pag. 1009. §. 5.

13) Rational. in Pand. ad L. 46. D. h. t.

ſchränken will, welchen deshalb Ulrich Huber [14]) mit Recht widerlegt. 2) Auch Magiſtratsperſonen durften bey den Römern, beſonders die in den Provinzen, während der Zeit ihrer Amtsführung, von ihren Untergebenen, auſſer dem, was zu ihren täglichen Bedürfniſſen gehörte, nichts kaufen [15]), weil man glaubte, die Gewalt und das große Anſehen derſelben werde die freye Einwilligung auf Seiten der Verkäufer hindern [16]). Es war damit nicht nur die Ungültigkeit des Handels, ſondern auch die Confiscation des Werths verknüpft [17]). Heut zu Tage fällt aber dieſes Verbot weg [18]). 3) Dem Geiſt dieſer Verordnungen gemäß behaupten auch viele [19]), daß der Arzt mit

14) Eunom. Rom. ad h. L. 46. D. h. t. S. auch *Ant.* SCHULTING Theſ. controv. Dec. 63. Th. 8. Man behauptet jedoch, die Strafe des Vierfachen finde jetzt nicht mehr Statt. S. Höpfners Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen §. 212.

15) *L. 62. D. h. t. L. 6. §. ult. D. de officio Proconſ. L. un. §. 2. et 3. Cod. de contract. iudic. Nov. Leonis LXXXIV. Iac.* CUJACIUS Obſervat. Lib. XVI. cap. 13. *Iac.* RAEVARDUS Varior. Lib. II. cap. 20. *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Diſput. 34. Th. 7. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 10. und Weſtphal §. 44.

16) Dieſen Grund führt CICERO *in Verrem* Lib. IV. cap. 5. an, wo er ſagt: Quae fuit cauſa, cur tam diligenter nos in provinciis ab emtionibus removerent maiores noſtri? haec, iudices, *quod putabant, ereptionem eſſe, non emtionem, cum venditori ſuo arbitratu vendere non liceret.*

17) *L. 46. §. 2. D. de iure fiſci.* S. *Ioſ.* FINESTRES Hermogenian. ad h. L. pag. 1007.

18) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 12.

19) FACHINAEUS Controv. iur. Lib. II. cap. 25. ZOESIUS Comm. ad Pand. h. t. nr. 2. PEREZ Praelect. ad Cod. Lib. X. Tit. 52 §. 14.

mit ſeinem Patienten keinen Handel ſchließen dürfe, während derſelbe noch in Gefahr wegen ſeiner Wiedergeneſung ſchwebt. Die *L.* 3. *D de extraord cognit.* Si medicus, cui curandos ſuos oculos, qui eis laborabat, commiſerat, periculum amittendorum eorum per adverſa medicamenta inferendo, compulit, ut ei poſſeſſiones ſuas contra fidem bonam aeger venderet: incivile factum Praeſes provinciae coerceat, remque reſtitui iubeat; worauf ſich Hellfeld beruft, enthält freylich kein allgemeines Verbot, ſondern redet nur eigentlich von einem ſolchem Falle, wo der Arzt auf eine ungebührliche Art den Kranken bewogen hatte, ihm ſeine Beſitzungen zu verkaufen. Daher läugnen auch viele Rechtsgelehrten [20]) die Exiſtenz des angegebenen Verbots. Allein das Geſetz beweiſet doch wenigſtens die Möglichkeit einer zu beſorgenden Gefahr, wenn der Patient ſeinem Arzte Etwas abzuſchlagen wagen wollte. Nun iſt in dem ganzen römiſchen Geſetz-

§ 14. WERNHER Select. Obſervat. for. Tom. II. P. VII. Obſ. 213. denen auch Hellfeld und Thibaut im Syſt. des Pandectenrechts 2. B. §. 836. beyſtimmen.

20) STRYK de caut. contract. Sect. II. Cap. 8. §. 5. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III Specim. CLXXXIX. med. 8 — 10. *Io.* SCHULTZ Diſſ. de contractu medici cum aegroto. *Gedani* 1689. *Ge. Lud.* KORNATOWSKY Diſſ. de valore emt. venditionis inter medicum et aegrotum celebratae. *Lipſiae* 1739. WALCH Introd. in controv. iuris civ. pag 590. *Mich. God.* WERNHER Lectiſſ. Commentat. in Pand. h. t. §. 9. Weber ſyſt. Entwickel. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 64. Not. 11. Gebr. Overbek Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien 2. B. Medit. 96. und Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 1. B. §. 485. Not. 1.

ſetzbuche der durchaus herrſchende Geiſt unverkennbar, Mißbrauch der Gewalt zum Schaden anderer bey denen zu beſorgen, welche mit Gewalt über Andere ausgerüſtet ſind; und daher Verträge für ungültig zu erklären, bey denen eine Koncußion leicht möglich iſt, welche die Freyheit der Einwilligung hindern könnte. Es iſt dieſes nicht blos bey obrigkeitlichen Perſonen der Fall, wie bereits bemerkt worden iſt, ſondern auch bey Andern. Denn ſo kann auch ein Advocat, auſſer der ihm gebührenden Belohnung, für ſeine Bemühung ſich keine ſonſtigen Vortheile von ſeinem Clienten verſprechen laſſen, weil man vermuthet, daß dergleichen Verſprechungen nicht aus freien Willen geſchehen ſeyen [21]). Ein Gleiches ſcheinen die römiſchen Geſetzgeber auch bey den Verträgen des Arztes mit ſeinem Patienten beſorgt zu haben, und zwar hier noch mehr, weil der Arzt viel mehr Gewalt über den Kranken hat, als der Advocat über den Clienten. Daher verordnen die Kaiſer **Valentinian** und **Valens** *L. 9. Cod. de profeſſor. et medicis*: Archiatri, ſcientes, annonaria ſibi commoda a populi commodis miniſtrari, honeſte obſequi tenuioribus malint, quam turpiter ſervire divitibus. Quos etiam ea patimur accipere, quae ſani offerunt pro obſequiis, *non ea, quae periclitantes pro ſalute promittunt.* Zwar redet dieſes Geſetz nur von Schenkungen, welche der Arzt nicht annehmen ſoll, wenn der Patient noch wegen ſeiner Wiedergeneſung, in Gefahr iſt. Allein der Grund iſt allgemein, daß ſich in dieſem Zuſtande von Seiten des Kranken kein ganz freier Wille annehmen läßt. Man iſt daher allerdings berechtiget, dieſe geſetzliche Verordnung

21) *L. 1. §. 12. D. de extraord. cognit.*

ordnung auf alle Contracte, welche der Arzt mit ſeinem Patienten während der Criſis ſeiner Krankheit ſchließt, auszudehnen [22]). Es iſt übrigens merkwürdig, daß hier von *Archiatris* die Rede iſt, worunter bey den Römern theils die kaiſerlichen Leibärzte, theils diejenigen Aerzte verſtanden wurden, welche für das Römiſche Volk in den beyden Hauptſtädten des Röm. Reichs, Rom und Conſtantinopel, mit einem öffentlichen Gehalt vom Kaiſer angeſtellt waren [23]). Da dieſe bey den Römern in der größten Achtung ſtanden, und die wichtigſten Privilegien hatten [24]); ſo fällt hiermit der Einwand weg, daß die römiſchen Aerzte nicht derjenigen Achtung wären gewürdiget worden, worauf unſere heutigen Aerzte den gegründeteſten Anſpruch machen können [25]). Es beruhet

4) auf

22) Man ſehe hier vorzüglich Neundorf vermiſchte Abhandlungen über Gegenſtände der Geſetzgebung und Rechtsgelehrſamkeit. Ulm 1805. Nr. XV.

23) *Iac.* GOTHOFREDUS Comment. ad L. 8. Cod. Theod. de medicis et profeſſorib. Tom. V. pag. 40. edit. *Ritter.*

24) Man ſehe Tit. Cod. Theod. de comitibus et archiatris ſacri palatii Lib. VI. Tit. 16. und Tit. Cod. Theodoſ. de medicis et profeſſoribus. Lib. XIII. Tit. 3. cum Commentar. *Iac.* GOTHOFREDI.

25) Anfangs ſtand freylich die Arzneikunde bey den Römern in keiner ſonderlichen Achtung, wie ſie es denn auch nach der Beſchreibung, welche uns SENECA Epiſt. 95. von derſelben macht, nicht anders verdiente. Sie war mehr Chirurgie, als eigentliche Medicin, und anfangs nur eine Beſchäftigung der Sklaven und Freygelaſſenen. QUINCTILIAN Lib. VII. c. 2. SENECA de benefic. Lib. III. c. 24. S. BRISSONIUS Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. II. c. 3. et 4. Weber von der

natürl.

4) auf gleichen Gründen, daß Soldaten keine Güter in der Provinz kaufen ſollen, wo ſie dienen, auſſer wenn es väterliche vom Fiskus verkaufte Güter ſind [26]). Man beſorgte auch hier, daß Furcht vor der Ueberlegenheit des Soldatenſtandes die freie Einwilligung bey dem furchtſamen Bürger und Landmann hindern möchte. Ueberhaupt aber glaubte man 5) daß Treibung des Handels dem Soldatenſtande ſo wenig, als dem geiſtlichen Stande, gezieme [27]). Ja damit 6) der Claſſe der gemeinen Bürger und Kaufleute in ihrer Nahrung und Gewerbe kein Eintrag geſchehe, ſo unterſagten die Römer ſogar allen vornehmen Standesperſonen und reichen Kapitaliſten überhaupt den kaufmänniſchen Handelsverkehr [28]). Es wird jedoch dieſe leztere Vorſchrift h. z. T. nicht mehr beobachtet [29]).

§. 990.

natürl. Verbindlichkeit. §. 17. u. 18. Allein wie ſehr ſich in der Folge die Sache geändert habe, beweiſen die Verordnungen der chriſtlichen Kaiſer in den angeführten Titeln des Theodoſianiſchen und Juſtinianeiſchen Codex.

26) *L. 9. pr. D. de re militari.*

27) *L. 1. C. Negotiatores ne militent. Cap. 15. et 16. X. de vita et honeſtate clericorum.*

28) *L. 3. Cod. de commerc.* Nobiliores natalibus et honorum luce conſpicuos et patrimonio ditiores, perniciofum urbibus mercimonium exercere prohibemus, ut inter plebeios et negotiatores facilius ſit emendi vendendique commercium.

29) S. *de* LUDOLF Obſervat. for. P. I. Obſervat. 135. Strubens Nebenſtunden 3. Th. Abh. XIX. §. 8. S. 384. *Ge. Steph.* WIESAND Opuſc. iurid. Specim. XII. §. 5. MÜLLER Obſervat. pract. ad *Leyſerum* Tom. II. Faſc. I. Obſ. 387. und Runde Grundſ. des teutſchen Privatrechts. §. 372. Anderer Mei-

§. 990.

Nebenverträge des Kaufs. I. Vertrag des Vorkaufs.

Dem Kaufcontract können, wie jedem andern Hauptvertrage, mancherley Bedingungen und Nebenverträge beygefügt werden, welche zum Zweck haben, theils damit der Verkäufer ſeine Sache dereinſt wieder erhalten könne, theils damit er wegen der Bezahlung des Kaufgeldes geſichert, theils auch wegen unbekannter zukünftiger Anſprüche in Rückſicht der verkauften Sache auſſer Sorgen ſey. Der Verkäufer kann ſich auch Vortheile zum Beſten eines Dritten z. B. eine Wohnung oder ſonſt eine Servitut ausbedingen [30]). Er kann ſich nicht minder die Annehmung eines vortheilhaften Handels, der ihm etwa von einem Dritten angeboten werden möchte, vorbehalten. Allein auch der Käufer kann ſich durch Nebenverträge manche Vortheile ausbedingen. Von dieſen Nebenverträgen iſt alſo hier noch kürzlich zu handeln. Zum Vortheil des Verkäufers gereicht I) der Vertrag des Vorkaufs (*pactum protimiſeos*), wodurch ſich derſelbe auf den Fall, da der Käufer die Sache einmal wieder verkaufen werde, das Näherrecht vorbehält [31]). Unter dem Näherrecht (*ius protimiſeos*, von dem griechiſchen Worte πϱοτίμησις, der Vorzug,) wird überhaupt das Recht verſtanden, im Falle der Ueberlaſſung einer Sache an einen Andern unter

Meinung iſt jedoch LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXXXIX. medit. I. An einem andern Orte, Vol. X. Specim. DCLXX. medit. 22. behauptet er jedoch, daß dem Adel der Handel en gros erlaubt ſey.

30) *L. 13. §. 30. L. 53. §. 2. D. de act. emti venditi.*

31) *L. 75. D. h. t.*

ter den Lebenden den Vorzug vor dieſem zu verlangen, wenn dieſelben Bedingungen erfüllet werden, welche der erſte Contrahent übernommen hat [32]). Dieſes Recht kann nun entweder nur ſo lange der Contract noch nicht durch die Uebergabe vollzogen iſt, ausgeübt werden, oder es findet auch noch nach geſchehener Veräuſſerung gegen den dritten Beſitzer der Sache Statt. In dem erſten Falle wird es *ius protimiſeos* im eigentlichen Sinn, das Einſtandsrecht, und inſofern es in dem Rechte beſtehet, bey Schließung eines Kaufs den Vorzug vor jeden andern Käufer zu verlangen, wenn der Berechtigte zur Erfüllung aller derjenigen Bedingungen bereit iſt, unter welchen der Andere den Kauf abgeſchloſſen hat, das Vorkaufsrecht, genannt. In dem letztern aber *ius retractus*, das Näherrecht im eigentlichen Sinn, der Abtrieb, die Loſung [33]). Von dem Unterſchiede zwiſchen dieſen beyden Arten des Näherrechts wird nachher gehandelt werden. Hier ſind noch folgende allgemeine Grundſätze zu bemerken. 1) Das Näherrecht ſetzt immer einen ſolchen Fall voraus, wo die demſelben unterworffene Sache durch ein Geſchäft unter den Lebenden einem Andern überlaſſen wird. Es fällt alſo weg, wenn die

32) S. *Ge. Sam.* MADIHN Diſſ. de iure protimiſeos, eiusque a iure retractus diſcrimine. *Halae* 1758. §. 2. Ueberhaupt iſt hier zu empfehlen Carl Fried. Walch's Näherrecht. Jena 1795. 8. Jedoch iſt damit zu verbinden Ludw. Fried. Grieſingers gründliche Abhandlung von Loſungen, in Deſſelben Commentar über das Wirtemberg. Landrecht 3. Band. S. 684.

33) Noch mehrere Benennungen führt Walch im 2. Hptſt. §. 1. S. 15. an.

die Sache mittelſt eines letzten Willens auf einen Andern übergeht, es geſchehe durch eine Erbeinſetzung oder durch ein Vermächtniß [34]). Der gewöhnlichſte Fall, wo das Näherrecht Anwendung findet, iſt zwar der, wenn die Sache durch Kauf einem Andern überlaſſen wird, doch kann auch zuweilen bey andern Contracten dieſes Recht ausgeübt werden, z. B. beym Pachtcontract [35]), auch ſelbſt beym Tauſche, ſofern nur immer der Fall ein ſolcher iſt, wo es dem Contrahenten vollkommen gleichgültig iſt, ob derjenige, welchem er ſeine Sache zunächſt überließ, oder überlaſſen wollte, oder ein Anderer dieſelbe erhalte, und dieſer auch die nämlichen Bedingungen, welche der erſte Contrahent übernommen hat, zu erfüllen im Stande iſt, wie noch in der Folge gezeigt werden wird. Uebrigens iſt noch zu bemerken, daß das Näherrecht beym Kaufe Statt findet, der Kauf ſey ein Privat- oder öffentlicher Kauf, wodurch die Sache von dem Richter an den Meiſtbietenden überlaſſen wird [36]). Nicht alle Rechtsgelehrten ſind zwar hierin einverſtanden. Viele [37]) unterſcheiden zwiſchen einer willkührlichen und nothwendigen Subhaſtation, und laſſen zwar bey der erſtern das Näherrecht unbedingt zu, wenn der Retrahent durch ſeine erhaltene Wiſſenſchaft nicht in die Subhaſtation gewilliget hat, bey der letz-

34) Walch 1. Buch 3. Hptſt. 2. Abſchn. §. 19. S. 160. f.

35) *L. 4. Cod. de locat. praedior. civ.*

36) *L. 60. D. de pactis. L. 16. D. de rebus auctor. iud. poſſid.*

37) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCV. medit. 7. et 8. WERNHER ſelect. Obſerv. for. Tom. III. P. III. Obſ. 24. *de* LUDOLF Obſervat. for. Vol. I. Obſ. 65. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XXIII. §. 61.

leztern aber nur ſo lange, als noch keine Adjudication geſchehen iſt. Andere[38]) hingegen wollen bey einem öffentlichen Kaufe gar kein Näherrecht Statt finden laſſen. Allein alle dieſe Meinungen ſind längſt von andern[39]) widerlegt worden. Man hat aus überzeugenden Gründen erwieſen, daß das Näherrecht bey Subhaſtationen, ſofern es ein dingliches Recht iſt, auch noch nach der Adjudication Statt finde[40]). Nur bey fiskaliſchen Subhaſtationen findet eine Ausnahme Statt, bey dieſen kann nach der Adjudication das Näherrecht nicht mehr ausgeübt werden[41]). Denn wer etwas vom Fiskus kauft, iſt ſogleich gegen jeden fremden Anſpruch geſichert[42]). II. Das Näherrecht beſteht in dem Rechte, vor jedem fremden Acquirenten den Vorzug zu verlangen. Es fällt daher weg, wenn die Sache dem nächſten Inteſtat-Erben per modum anticipatae

38) VOET Comm. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. 3. §. 23. WISSENBACH Exerc. ad Pand. Vol. I. Diſſ. 36. Th. 12. in fin. HOMMEL Rhapſod. quaeſt. for. Vol. IV. Obſ. 688.

39) S. Walch S. 146. f. Gebr. Overbek Medit. über verſchiedene Rechtsmaterien 3. B. Medit. 112. und Grieſinger a. a. O. S. 727. f.

40) Riedel Abh. Hat das Näherrecht bey Subhaſtationen vor oder nach der Adjudication Statt? Anſpach 1781. 8. *Io. Ge.* RITTER Diſſ. de retractu feudali et gentilitio, variisque circa eum controverſiis. *Bambergae 1787.* §. 19 — 36. und Fried. von Bülow und Theod. Hagemann pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit 2. Band Erört. LVI.

41) *L. 5. Cod. de fide et iure hastae fiſcal. L. 2. et 3. Cod. Si propter public. penſitat.*

42) *L. 1. et 2. Cod. de quadr. praeſcr.*

patae ſucceſſionis überlaſſen wird [43]). Sollte jedoch derſelbe die Sache wieder an einen fremden verkaufen, ſo kann das Näherrecht dann immer noch ausgeübt werden [44]). III. Wer das Näherrecht ausübt, muß ſich zur Erfüllung aller derjenigen Bedingungen verſtehen, welche der fremde Acquirent übernommen hat [45]). Es findet daher nur in ſolchen Fällen Statt, wo die Erfüllung gleicher Bedingungen möglich iſt. Hieraus iſt zu beurtheilen, ob das Näherrecht bey einem Tauſche ausgeübt werden könne?

Walch

43) LEYSER Specim. CXCII. medit. 1. WERNHER Select. Obſervat. for. Tom. III. P. II. Obſ. 382.

44) S. MADIHN Diſſ. cit. §. 8. Nr. III.

45) Bey dem bedungenen Vorkaufe iſt jedoch die Erfüllung aller Kaufbedingungen, die ein Anderer übernehmen will, eben ſo wenig weſentlich erforderlich, als die Erlegung deſſelben Kaufpreiſes, welchen ein dritter Käufer zu geben bereit iſt. Es kann vielmehr ein gewiſſer Preiß unter den Partheyen feſtgeſetzt werden, für welchen die Sache dem erſten Verkäufer auf den Wiederveräuſſerungsfall, wenn er ſie verlangt, wieder überlaſſen werden ſoll. Das Weſen des Vorkaufs beſteht blos darin, daß der Käufer die Sache, wenn er ſie einmal wieder verkaufen will, an Niemanden, als den Verkäufer, überlaſſen darf. *L. 75. D. de contr. emt. L. 21. §. 5. D. de act. emti vend.* Nur bey dem geſetzlichen Näherrechte und dem Retract oder Abtriebe iſt die Erfüllung aller Kaufsbedingungen, die ein Anderer übernommen hat, und mithin auch die Erlegung des Kaufpreiſes, welchen ein Dritter gegeben hat, oder zu geben willens iſt, weſentlich erforderlich. S. Geiger's und Glück's merkw. Rechtsfälle u. Abhandlungen 2. B. Nr. 21. und Fried. von Bülow und Theod. Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſ. 3. B. Erört. XXXI.

Walch [46]) läugnet dieſes ſchlechterdings. Allein es kommt darauf an, ob der Retrahent denjenigen, welcher die Sache durch Tauſch an ſich brachte, auf eine ſolche Art ſchadlos halten kann, daß er, auſſer dem Verluſte der ihm veräuſſerten Sache, ſonſt keinen poſitiven Nachtheil von der Loſung hat. Iſt dieſes möglich, ſo iſt auch das Näherrecht beym Tauſche nicht auszuſchließen [47]). Man ſetze alſo, der Retrahent könnte dem Acquirenten dieſelbe Sache, welche er für die zu retrahirende gegeben hat, entweder in Natur wieder verſchaffen, oder der Gattung nach erſetzen; und wer wollte wohl an der Möglichkeit eines ſolchen Falles zweifeln? Man denke ſich z. B. den Fall: A veräußerte ſein Haus an den B gegen eine beſtimmte Quantität Getraide; oder A vertauſchte ſein Haus gegen das Haus des B. Das Haus des A iſt meinem Näherrechte unterworffen, um dieſes ausüben zu können, kaufe ich dem A das Haus des B wieder ab, weil jener mir erklärte, daß er ſein Haus lieber verkauft, als gegen das Haus des B vertauſcht hätte. Wer kann hier läugnen, daß der Retract in Anſehung des Hauſes des A Statt habe, wenn B ſein Haus wieder erhält? Dahingegen kann das Näherrecht nicht Statt finden, wenn der Acquirent auſſerdem, daß er die zu retrahirende Sache einbüßt, noch einen andern poſitiven Nachtheil von der Loſung hätte, der ihm durch den Retrahenten nicht wieder erſetzt werden könnte. Man ſetze z. B. A habe für das dem Näherrechte unterworffene Haus 3000 fl. und noch auſſerdem einen Acker von 500 fl. gege-

46) Näherrecht. 1. B. 3. Hptſt. 2. Abſchn. §. 20. S. 162.

47) S. Grieſinger in dem angef. Commentar 3. Th. §. 189. S. 691. ff.

gegeben, den er blos, um das Haus des A zu erhalten, weggab, ſonſt aber nicht veräuſſert haben würde. Zwar behaupten in dieſem Falle mehrere Rechtsgelehrten [48]), daß wenn das Geld, wie hier, mehr betrage, als die neben dem Gelde gegebene Sache, das Näherrecht darum Statt finde, weil das Geſchäft für einen Kauf zu halten ſey. Allein dieſe Meinung ſteht offenbar mit der Natur des Retracts im Widerſpruche; denn wenn es auch an ſich ſeine Richtigkeit hat, daß die römiſchen Geſetze [49]) in dieſem Falle einen Kauf annehmen; ſo kann doch hier derjenige, gegen welchen der Retract ausgeübt werden wollte, durch den Retrahenten nicht wieder in ſeinen vorigen Zuſtand verſetzt werden, in welchem er vor der Erwerbung der zu retrahirenden Sache war; weil er auſſerdem, daß er er das Haus entbehren müßte, auch noch den poſitiven Nachtheil von dieſem Retract hätte, daß er ſeinen Acker nicht wieder erhielte. Man kann hier nicht einwenden, daß der neben dem Kaufgelde zugegebene Acker, als an Zahlungsſtatt gegeben, zu betrachten ſey, und daher das Näherrecht darum nicht ausgeſchloſſen werden könne, weil bey einer die Natur eines Kaufs habenden Uebergabe einer Sache an Zahlungsſtatt der Retract unſtreitig Statt finde [50]). Denn hier iſt nicht gleiches Verhältniß vorhanden. Dem Gläubiger, dem zu ſeiner Befriedigung eine

gewiſſe

48) CARPZOV Iurispr. for. P. II. Conſt. 32. definit. 15. STRUV Synt. iuris civ. Exercit. XXIII. Th. 62. SCHOEPF Decad. quaeſtion. circa materiam retractus. *Tüb. 1737.* Qu. 2. nr. 14. Walch Näherrecht. S. 162. u. a. m.

49) Arg. *L. 79. D. h. t.* u. *L. 6. §. 1. D. de act. emti et vend.*

50) S. Walch 1. B. 3. Hptſt. 2. Abſchn. §. 16. S. 154.

gewiſſe Sache für ſeine Forderung überlaſſen wurde, kann es vielleicht lieber ſeyn, ſein Geld zu erhalten, als wenn er die Sache, die er an Zahlungs-Statt annahm, hätte behalten müſſen. Allein läßt ſich wohl, der Natur des Näherrechts gemäß, behaupten, daß der Käufer ſich begnügen laſſen müſſe, wenn ihm von dem Retrahenten der Werth des zugegebenen Ackers erſetzt werde? Es wird ja hier vorausgeſetzt, daß der Käufer ſeinen Acker unter keiner andern Bedingung weggegeben habe, und veräuſſert haben würde, als um dadurch das in Anſpruch genommene Haus zu erhalten. Soll er nun dieſes an den Retrahenten abzutreten ſchuldig ſeyn, ſo muß er auch ſeinen Acker in Natur zurückerhalten, weil auſſerdem der Retrahent die Bedingungen des Contracts nicht erfüllen würde, deren Erfüllung doch die Natur des Retracts weſentlich erfordert. Mit Recht vertheidigen dieſe Meinung auch Wernher [51]), Leyſer [52]), und beſonders Grieſinger [53]). Aus gleichen Gründen fällt das Näherrecht in allen den Fällen weg, wo der Verkäufer auf irgend eine Art weſentlich dabey intereſſirt iſt, daß nur der Käufer und kein Dritter die veräuſſerte Sache erhalte, und wo alſo der Verkäufer perſönliche Abſichten auf den Käufer bey dem Verkaufe gehabt hat [54]). Dahin gehört, wenn

 ſich

51) Select. Obſervat. for. Tom. III. P. II. Obſ. 422.

52) Medit. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCIV. Cor. 3.

53) Commentar über das Wirtemb. Landrecht. 3. Th. §. 190. S. 715. ff.

54) S. Walch's Näherrecht 1. B. 3. Hptſt. 2. Abſchn. §. 10. S. 143. und §. 26 S. 174. auch §. 28. a. E. S. 177. und in der angehängten Sammlung entſchied. Näherrechtsfälle Nr. 32. S. 608.

ſich der Verkäufer auſſer dem Kaufgelde noch andere perſönliche Präſtationen ausbedungen hat, wobey es ihm nicht gleichgültig iſt, ob dieſe der Käufer oder ein Dritter übernehme. Wenn alſo z. B. der Käufer ſich verpflichtet hat, dem Verkäufer, ſo lange er leben werde, ſeinen Unterhalt zu geben, ihn zu verpflegen, Wohnung und Koſt zu geben, ſo iſt hier der Vertrag ohne Zweifel auf ein beſonderes Vertrauen gegründet, und es kann daher das Näherrecht nicht ausgeübt werden, ſofern der Retrahent dieſem beſondern Zutrauen zu entſprechen nicht vermag [55]). Ein Gleiches würde auch in dem Falle gelten, wenn ſich der Verkäufer eines Hauſes auch nur die lebenslängliche Wohnung in dem Hauſe ausbedungen hätte, es ihm aber nicht gleichgültig wäre, ob er bey dem Käufer, oder dem dritten Retrahenten im Hauſe ſey [56]). Ein Anders wäre, wenn der Retrahent beweiſen könnte, daß der Verkäufer kein Intereſſe dabey habe, ob ihm der Käufer oder ein Dritter die ſich ausbedungene Präſtation reiche, oder der Verkäufer ſelbſt erklärt hätte, daß es ihm gleichgültig ſey, von wem er ſeinen Unterhalt genieße [57]), oder der

Ver-

S. 608. auch LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCIV. medit. 1—4.

55) S. Struben rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 126. Gebr. Overbeck Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien. 8. Th. Medit. 429. Grieſingers Commentar über das Wirtemb. Landrecht. 3. B. §. 192. S. 731. und Chriſt. Ludw. Runde Rechtslehre von der Leibzucht oder dem Altentheile auf deutſchen Bauergütern. 2. Th. §. 68.

56) S. Grieſinger a. a. O. S. 731.

57) Klein Annalen der Geſetzgebung und Rechtsgelehrſamkeit in den Preuß. Staaten. 4. B. S. 161.

Verkäufer mit dem Käufer ausgemacht hätte, daß wenn die Sache retrahirt werden würde, an die Stelle der ausbedungenen Präſtation eine gewiſſe Geldſumme treten ſollte. Hier würde das Näherrecht ohne allen Zweifel Statt finden [58]). Sollte überdem der Retrahent Urſache haben zu vermuthen, daß bey einer ſolchen ausbedungenen Präſtation blos die Abſicht zum Grunde liege, ſein Näherrecht zu vereiteln, ſo kann er ſich der Eidesdelation bedienen [59]). Es entſteht hier die Frage, ob bey einem Freundskaufe, (venditio gratioſa) das Näherrecht Statt finde [60])? Da ein Freundskauf ein gemiſchtes Geſchäft iſt, welches aus einem Kauf und Schenkungsvertrage beſteht [61]); ſo kommt es zunächſt darauf an, wer die Freygebigkeit ausübt. Hat blos der Käufer die Abſicht, dem Verkäufer dadurch eine Wohlthat zu erzeigen, daß er mehr für die Sache zahlt, als ſie werth iſt; ſo kann das Näherrecht ohne Bedenken ausgeübt werden, weil es ja dem Verkäufer gleichgültig seyn kann, ob ihm der Käufer oder ein Dritter dieſe Wohlthat erzeigt [62]). Der Käufer darf aber auch

58) S. *Wolfg. Ad.* SCHOEPF Diſſ. de retractu conventionali et teſtamentario §. 10. und Walch 1. B. 3. Hptſt. 2. Abſch. §. 28. S. 176.

59) FROMMANN Diſſ. de iure retractus. §. 71. in fin. und Grieſinger im angef. Commentar. 3. B. §. 192. S. 732.

60) S. *Gottl. Euſeb.* OELTZE Diſſ. qua expend. quaeſtio: an in venditione gratioſa ius protimiſeos locum habeat? *Ienae 1767. Ferd. Chriſtph.* HARPPRECHT Diſp. de venditione gratioſa. §. 69—77. und Walchs Näherrecht. 1. B. 3. Hptſt. 2. Abſch. §. 29. S. 179. f.

61) S. §. 978. S. 72.

62) S. Grieſingers Commentar über das Wirtemb. Landrecht. 3. Band §. 193.

auch keinen Schaden leiden. Es iſt daher nicht genug, wenn ihm der Retrahent blos den wahren Werth erſetzt [63]. Iſt hingegen der Verkäufer derjenige, welcher die Freygebigkeit ausübt, ſo laſſen ſich folgende Fälle gedenken. 1) Der Verkäufer hat dem Käufer einen Theil der Sache geſchenkt. Hier kommt es darauf an, ob dieſer geſchenkte Theil von dem gekauften Theile ohne Schaden des Käufers ſehr wohl getrennt werden kann, oder ob eine ſolche Trennung nicht wohl möglich iſt. Im erſten Falle findet das Näherrecht wenigſtens in Abſicht auf den gekauften Theil der Sache Statt, in dem letztern hingegen fällt es weg [64]. 2) Der Verkäufer hat dem Käufer aus beſonderer Zuneigung einen Theil des Kaufpreiſes geſchenkt. Hier findet zwar kein Vorkauf Statt [65], allein der geſetzliche Retract kann dadurch nicht ausgeſchloſſen werden [66]; jedoch muß der Retrahent dem Käufer den ganzen wahren Werth bezahlen, ſo wie er von beeidigten Sachverſtändigen geſchätzt wird [67].

§. 991.

63) Anderer Meinung iſt zwar HARPPRECHT cit. Diſſ. §. 76. Allein man ſehe OELTZE cit. Diſſ. §. 18. et 19.

64) S. HARPPRECHT cit. Diſputat. §. 73. und Grieſingers Commentar. 3. Th. §. 193. S. 733.

65) S. MADIHN Diſſ. de iure protimiſeos. §. 8. nr. IV. und HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1963.

66) Anderer Meinung iſt zwar LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXCIV. medit. 1. Allein man ſehe PUFENDORF Obſervat. iuris univ. Tom. III. Obſ. 40. §. 6.

67) S. HARPPRECHT cit. Diſp. de vendit. gratioſa. §. 74. et 75. und Grieſinger S. 733. u. f.

§. 991.

Verſchiedene Arten des Näherrechts und deren Wirkung.

Ein Näherrecht wird nicht blos durch Vertrag begründet, es kann auch aus einem Teſtament oder aus einer unmittelbaren Verordnung der Geſetze entſtehen. Es iſt daher in Rückſicht des Entſtehungsgrundes von dreyerley Art, entweder ein conventionelles, oder ein teſtamentariſches, oder ein geſetzliches [68]). Die Wirkung iſt jedoch nicht immer bey dem einen, wie bey dem andern, die nämliche. Denn

I) das bedingte Näherrecht, welches ſich Jemand in einem Vertrage an der Sache ſeines Paciſcenten auf den Fall einer Veräuſſerung derſelben, ausbedungen hat, giebt in der Regel nur ein ius in perſonam, weshalb dem Berechtigten zwar eine perſönliche Klage gegen den andern Paciſcenten, oder deſſen Erben, aber keine dingliche Klage gegen den dritten Beſitzer, wenn die Sache einmal veräuſſert worden iſt, zuſteht [69]).

Viele

68) Man vergleiche TIRAQUELLUS de retractu conventionali. *Franc. 1616.* *Ant. Frid.* MÜLLER Diſſ. de retractu gentilitio et conventionali. *Arg. 1718.* *Io. Is.* MOORS Diſſ. de iure protimiſeos ſive retractus conventionalis et legalis. *Gieſſae 1732.* *Wolfg. Ad.* SCHOEPF Diſſ. de retractu conventionali et teſtamentario. *Tübingae 1758.* und Walch 2. B. 1. Hptſt. Auſſerdem hat auch Grieſinger in ſ. Commentar über das Wirtemb. LandR. 3. B. §. 210. ff. von dieſen verſchiedenen Arten des Näherrechts ſehr gründlich gehandelt.

69) *L. 75. L. fin. §. ult. D. de contr. emt. et vend.* STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XXIII. Th. 48. SCHILTER Prax. iuris Rom. Exerc. XXX. §. 139. STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 14.

Viele [70]) ſind zwar anderer Meinung. Sie glauben, wenn der Eigenthůmer einer Sache, bey der Uebertragung ſeines Eigenthumsrechts auf einen Andern, ſich ein ſolches Nåherrecht, auf den Fall einer von dieſem vorzunehmenden Veräuſſerung der Sache, ausbedingt; ſo afficire ein ſolcher Vertrag die Sache dergeſtalt, daß dieſelbe cum ſuo onere, als ein mit der Loſung beſchwertes Gut, auf den neuen Kåufer ůbergehe. Allein die *L. fin. Cod. de pactis, inter emtor. et venditor.* auf deren Worte: Cum enim venditor vel alter alienator non alia lege ius ſuum transferri paſſus eſt, niſi tali fretus conventione: quomodo ferendum eſt, aliquam captionem ex varia pati eum interpretatione? man ſich hauptſåchlich beruft, redet von keiner dinglichen Klage, die ein ſolcher Vertrag hervorbringen ſoll, wie ich ſchon an einem andern Orte [71]) gezeigt habe. Soll eine Klage gegen den dritten Beſitzer Statt finden, ſo muß ein ſolcher Fall vorhanden ſeyn, wo auch das pactum de non alienando gegen den Dritten, an welchen die Sache, dem Vertrag zuwider, veråuſſert worden, von Wirkung iſt [72]). Auſſerdem berechtiget

§. 14. *de* LUDOLF Obſervat. for. Tom. III. Obſ. 257. CARPZOV Iurispr. for. P. II. Conſt. 32. Def 8. MOORS cit. Diſſ. §. 6. Walch Nåherrecht. 2. B. 1. Hptſt. §. 3. S. 303. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1963. et 1971. not. b.

70) BOCER Diſſ. de iure retractus. Cl. III. Diſſ. 22. Th. 38. FROMMANN Diſſ. de iure retr. Th. 20. 22. 24 ſqq. SCHOEPF cit. Diſſ. Cap. I. §. 7. und Grieſinger a. a. O. §. 210. S. 860. ff.

71) S. oben §. 976. S. 61—67. Man ſehe auch Walch S. 303. f.

72) Dieſe Fålle ſind oben S. 66. u. 67. angegeben. Man ſehe auch

tiget das bedungene Näherrecht nur zu einer Intereſſen-Klage gegen denjenigen, welcher dem Vertrage zuwider die Sache veräuſſert hat, ſo wie deſſen Erben. Von ganz anderer Beſchaffenheit iſt aber

II) das teſtamentariſche Näherrecht, welches ein Erblaſſer Jemanden in ſeinem letzten Willen auf einer Sache, welcher er eine Beſchwerde aufzulegen berechtiget iſt, auf den Veräuſſerungsfall vermacht hat [73]. Hellfeld erklärt zwar dieſes Näherrecht auch nur für ein ius in perſonam, welches zu keiner Revocation der an einen Dritten veräuſſerten Sache berechtige; allein dieſe Behauptung widerſpricht ſeinen eigenen Grundſätzen. Oben §. 976. lehrte er, daß eine Vindication ſolcher Sachen Statt finde, welche gegen ein teſtamentariſches Verbot veräuſſert worden ſind. Warum ſollte nun hier gegen den fremden Käufer keine Klage Statt haben, da mit dem conſtituirten teſtamentariſchen Näherrecht doch unſtreitig auch zugleich das Verbot der Veräuſſerung an Fremde verbunden iſt [74]? Carpzov [75]) wendet zwar ein, es könne hier keine andere Klage Statt haben, als die actio perſonalis ex

auch *de* LYNCKER Deciſion. P. III. Centur. XI. Deciſ. 1034. WERNHER Lectiſſim. Commentat. in Pandect. h. t. §. 36. Walch Näherrecht. 1. B. 1. Hptſt. §. 6. Not. 5. S. 94. f. und Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. §. 917. S. 670.

73) S. Walch Näherrecht. 3. Hauptſt. S. 497. ff. und Grieſinger Commentar über das Wirtemb. LandR. 3. Th. §. 215. S. 878. ff.

74) Man ſehe hier vorzüglich Günth. Heinr. von Berg juriſt. Beobachtungen u. Rechtsfälle. 3. Th. Nr. 20. S. 225. ff.

75) Iuriſpr. for. P. II. Conſt. 32. Def. 9.

ex teſtamento, weil der Erbe durch die Antretung der Erbſchaft quaſi ex contractu verpflichtet ſey, den Willen des Erblaſſers zu erfüllen. Allein wenn gleich an ſich nicht zu läugnen iſt, daß ſich der Berechtigte dieſer Klage gegen den Erben bedienen könne, wenn der Teſtator demſelben auf den Fall, da er ein gewiſſes Grundſtück künftig einmal zu verkaufen geſonnen seyn möchte, die Verbindlichkeit aufgelegt hat, daſſelbe keinem Fremden, ſondern der in ſeiner Diſpoſition genannten Perſon für einen beſtimmten Preis zu überlaſſen [76]); ſo iſt doch dieſes nicht das einzige Mittel, deſſen ſich ein Legatar bedienen kann. Nun würde zwar freylich die rei vindicatio nicht wohl angeſtellt werden können, da dieſe theils nur dem Eigenthümer zuſteht, für welchen aber der teſtamentariſche Retrahent nicht gehalten werden kann [77]); theils aber auch nie Statt findet, wenn ein gewiſſes Recht legirt worden iſt [78]). Allein es fragt ſich, ob nicht, wie viele [79]) glauben, gegen den dritten Beſitzer die den Legataren ſonſt zuſtehende actio hypothecaria Statt finde? Diejenigen [80]), welche

76) S. SCHOEPF Diſſ. de retractu convent. et teſtamentario. Cap. II. §. 3. et §. 6.

77) Grieſinger angef. Commentar S. 881. f. Anderer Meinung iſt Schmidt im Lehrbuch von Klagen §. 917. S. 671. f.

78) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Tom. II. lib. de legatis §. 44.

79) SCHOEPF c. l. BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. 5. Th. 14. Not. 1. SCHWEDER Conſil. Tubing. Vol. I. Conſ. 120. nr. 10. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCVI. Cor. 3. WELLE Diſſ. de iure praelat. in rebus alienat. ex iure retractus. Cap. III. nr. 50.

80) S. Grieſinger S. 882. ff.

welche dieſe Klage für unſtatthaft halten, ſagen, 1) die den Legataren nach dem Röm. Recht zuſtehende hypothekariſche Klage ſetze voraus, daß dem Legatar etwas vermacht ſey, was ihm der Erbe zu geben oder zu leiſten habe, weil ein Pfandrecht, das Jemand auf meiner Sache anſpricht, immer eine perſönliche Verbindlichkeit von meiner Seite vorausſetze. Dieſes ſey aber hier nicht der Fall. Denn daß dem Erben keine Verbindlichkeit auferlegt werde, wenn der Erblaſſer Jemanden ein Näherrecht an einer ſeiner Sachen vermacht, verſtehe ſich von ſelbſt. Allein das Gegentheil iſt bereits daraus erwieſen worden, daß hier die actio perſonalis ex teſtamento allerdings begründet ſeyn kann. Man ſagt 2) der dritte Beſitzer einer Sache, wenn die hypothekariſche Klage gegen ihn Statt finden ſoll, müſſe immer die Einrede der Excuſſion dem Kläger entgegen ſetzen, und ihn durch die Bezahlung ſeiner Forderung mit ſeiner Klage auf die Herausgabe der Sache abweiſen können. Hier ſey aber keine Hauptforderung vorhanden, durch deren Bezahlung ſich der Beſitzer in ſeinem Beſitz erhalten könnte. Allein auch dieſer Grund iſt nicht überzeugend. Denn wenn gleich ſonſt bey der hypothekariſchen Klage der Beklagte die Abtretung der verpfändeten Sache durch Bezahlung der Schuld verhindern kann [81]); ſo kann doch hier dem Kläger die Einrede, daß der Beklagte ihm das Intereſſe leiſten wolle, nicht entgegengeſetzt werden, weil die gegen das Verbot des Teſtators geſchehene Veräuſſerung für nichtig zu achten iſt, und der Beklagte nicht anders, als durch Abtretretung der Sache, ſeines Verkäufers Verbindlichkeit erfüllen

81) *L. 12. §. 1. D. Quib. mod. pign. ſolvit.*

füllen kann [82]). Da indeſſen der Legatar auch aus dem ihm vermachten Recht ſelbſt klagen kann, ſo iſt es keinem Zweifel unterworffen, daß er auch die aus dem Näherrechte entſpringende Retractsklage anſtellen könne [83]). Soviel endlich

III. das geſetzliche Näherrecht anbetrift, ſo iſt daſſelbe, ſeiner Wirkung nach, bald ein perſönliches, bald ein dingliches Recht, je nachdem es entweder blos gegen den Verkäufer in dem Fall, da er ſeine Sache an einen Andern zu verkaufen willens iſt, ausgeübt werden kann, und dahin gehet, daß er die Sache dem Berechtigten vor einem andern Käufer überlaſſe; oder gegen einen jeden Beſitzer der Sache geltend gemacht, und dahin gerichtet werden kann, daß er dem Retrahenten die Sache abtrete. Jenes wird das geſetzliche Vorkaufsrecht, letzteres aber der geſetzliche Retract, oder Abtrieb genennt. Im erſten Falle findet nur eine *condictio ex lege*, alſo eine perſönliche Klage, in dem letztern aber die Retractsklage Statt, welche eine dingliche Klage iſt [84]). Nach der Mei-

82) *L. 7. §. ult. D. de diſtr. pignor.* *L. 69. §. 3. D. de legat. II.* S. Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. §. 921. Not. s. S. 675. und Ernſt Gottfr. Schmidts theor. pract. Commentar über dieſes Lehrbuch 4. B. §. 921. S. 138. f.

83) Walch Näherrecht 2. B. 3. Hptſt. §. 2. EISENHARTH Inſtitut. iuris germ. Lib. III. Tit. 8. §. 24. Grieſinger S. 883.

84) S. *Io. Chriſt.* GRUNER Diſſ. de retractu gentilitio iure in re, praeſ. *Io. Caſp.* HEIMBURG def. *Ienae* 1757. §. 12 — 15. Walch 1. Buch 4. Hptſt. §. 4. ff. S. 238. ff. Danz Handbuch des heut. deutſch. Privatrechts. 2. B. §. 195. S. 207.

Meinung einiger Rechtsgelehrten [85]) ſoll zwar dieſe Klage nur gegen den erſten Käufer, nicht aber gegen den dritten Beſitzer der dem Näherrecht unterworffenen Sache angeſtellet werden können; allein man darf nicht, was blos von der Erbloſung gilt, und ſeinen beſondern Grund in der Natur des Gegenſtandes derſelben hat [86]), zur allgemeinen Regel machen.

§. 992.

Fälle eines geſetzlichen Vorkaufsrechts.

Ein geſetzliches Vorkaufsrecht ſteht I) nach dem römiſchen Rechte 1) dem Erbzinsherrn bey der Veräuſſerung des emphyteutiſchen Guts zu [87]). Hat der Emphyteuta das Gut verkauft, ohne es dem Erbzinsherrn vorher anzuzeigen, und ihm dem Vorkauf anzubieten, ſo hat er das Gut verwirkt. Der Erbzinsherr kann es daher zwar einziehen, aber nicht vermöge des Vorkaufsrechts, ſondern er vindicirt es unentgeldlich wegen der Caducität. Dieſes haben diejenigen [88]) nicht bedacht, welche das dem Erb-

85) Struben rechtl. Bedenken 3. Th. Bed. 133. u. Thibaut Verſuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 2. B. 2. Abh. S. 66. ff.

86) S. Walch 2. B. 2. Hptſt. 1 Abſchn. S. 355.

87) *L. ult. Cod. de iure emphyt.* Diſponimus, atteſtationem domino transmitti, et *praedicere*, quantum pretium ab alio revera accipi poteſt. *Et ſi quidem dominus hoc dare maluerit, et tantam praeſtare quantitatem, quantam ipſe revera emphyteuta ab alio recipere poteſt: ipſum dominum omni modo haec comparare.*

88) WESTENBERG Princip. iuris ſec. ord. Digeſt. Lib. XVIII. Tit. 5. §. 25. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 1963.

Erbzinsherrn geſetzlich zuſtehende Näherrecht für ein dingliches Recht erklären [89]). Man behauptet indeſſen, daß jener Vorkauf, den das römiſche Recht dem Erbzinsherrn giebt, nach Einführung der fremden Rechte in Deutſchland durch die Auslegung der Rechtslehrer in ein dingliches Näherrecht verwandelt worden ſey [90]); ſo wie ſolches auch dem Lehnherrn in dem Longobardiſchen Lehnrecht eingeräumt wird [91]). 2) Ein Vorkaufsrecht geben die Geſetze auch dem Gläubiger bey dem öffentlichen Verkaufe der Güter ſeines Schuldners, und unter mehreren Gläubigern demjenigen, welcher das Meiſte zu fordern und alſo zu verlieren hat. Unter fremden Käufern, die keine Forderung an den Schuldner haben, haben die Verwandten den Vorzug. Die Gläubiger hingegen gehen auch den Verwandten vor [92]). Aus einer Verordnung der Kaiſer **Valentinian**, **Theodoſius** und **Arcadius** *L.* 14. *Cod. h. t.* läßt ſich ſchließen, daß ehemals auch bey jedem andern Verkaufe den Verwandten ein Vorkaufsrecht zugeſtanden habe, und dieſes auch ſogar denjenigen geſtattet worden ſey, welche in Anſehung der verkauften Sache mit dem Verkäufer in irgend einer Gemein-

89) S. MADIHN Diſſ. de iure protimiſeos §. 4. et 8. nr. II. Walch S. 12. § 8. und Grieſinger §. 208. S. 851.

90) VOET Comm. ad Pand. Lib. VI. Tit. 3. §. 22. Walch S. 69. §. 28. 2. B. 2. Hptſt. 1. Abſch. 2. Abſ. §. 9. S. 408. f. und Grieſinger S. 852.

91) *II. Feud. 9. §. donare.*

92) *L. 16. D. de reb. auct. iud. poſſid.* Cum bona veniunt debitoris, in comparationem extranei, et eius, qui creditor cognatusve ſit, potior habetur creditor cognatusve: *magis tamen creditor, quam cognatus, et inter creditores potior is, cui maior pecunia debetur.*

meinſchaft ſtanden. Zur Zeit der juriſtiſchen Klaſſiker, aus deren Schriften die Pandecten ſind compilirt worden, und bis auf Diocletian und Maximian war dieſes Vorrecht noch nicht bekannt [93]). Jacob Gothofredus [94]) ſchreibt daher die Einführung deſſelben dem Kr. Conſtantin dem Großen zu. Allein die oben erwähnten Kaiſer haben dieſe Art des Näherrechts in der angeführten *L.* 14. *C. h. t.* wieder aufgehoben, in welcher es heißt: *Du*dum *proximis conſortibusque* conceſſum erat, *ut extraneos ab emtione removerent*, neque homines ſuo arbitratu vendenda diſtraherent: ſed quia gravis haec videtur iniuria, quae inani honeſtatis colore velatur, ut homines de rebus ſuis facere aliquid cogantur inviti: *ſuperiore lege caſſata*, unusquisque ſuo arbitratu quaerere vel probare poſſit emtorem, niſi lex ſpecialiter quasdam perſonas hoc facere prohibuerit. Daß aber hierdurch auch die *L.* 16. *D. de reb. auct. iud. poſſid.* ſey aufgehoben worden, läßt ſich nicht behaupten, da dieſe von einer nothwendigen, jene aber von einer freywilligen Privat-Veräuſſerung redet [95]). Die am Ende noch hinzugeſetzte

93) *L.* 3. *Cod. de commun. rer. alienat.* S. Weſtphal vom Kauf. §. 29.

94) Commentar. ad L. 6. Cod. Theodoſ. h. t. Tom. I. pag. 286. Anderer Meinung iſt jedoch Walch im Näherrecht S. 6—10. Ja *Io.* IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pand. et Cod. pag. 573. glaubt ſogar, ſchon Romulus habe ein Geſetz gegeben, daß die den einzelnen Familien-Vätern zugetheilten Ländereyen nicht ſollten an Fremde auſſer der Familie veräuſſert werden.

95) S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCVI. medit. 6. et Vol. VII. Specim. CCCCLXXVII. medit. 5. et 6.

ſetzte Clauſel: *niſi lex ſpecialiter* etc. welche in der *L.* 6. *Cod. Theod. h. t.* nicht ſteht, ſondern von **Tribonian** herrührt, deutet auch ohne Zweifel auf die übrigen hierdurch nicht aufgehobenen Arten des geſetzlichen Vorkaufs hin, wie **Godofroi** [96]) ganz richtig bemerkt hat. Die Kaiſer **Romanus Senior** Nov. 3. und **Friedrich I.** V. Feud 13. haben zwar in der Folge auch das von den Kaiſern **Valentinian, Theodos** und **Arcadius** aufgehobene Vorkaufsrecht wieder hergeſtellt, allein da ihre Verordnungen zu dem nicht gloſſirten Rechte gehören, ſo kann darauf jetzt nicht weiter Rückſicht genommen werden [97]). 3) Bey der addictio in diem hat ferner der erſte Käufer das Recht, daß wenn er die von dem neuen Käufer angebotenen beſſern Bedingungen erfüllen will, ihm der Vorzug vor dem neuen Käufer gelaſſen werden muß [98]). Nicht minder hat 4) der Landesherr, als Bergherr, das Vorkaufsrecht in Anſehung der aus den Bergwerken in ſeinem Lande gewonnenen Münzmetalle, welches man den Sil-

96) A. a. O. S. 287. Man ſehe auch *Ant.* SCHULTING Theſ. controverſar. Dec. LXIV. Th. 6.

97) S. MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XXIII. Th. 55. not. ε und MOORS cit. Diſſ. §. 33. Die Stelle *V. F. 13.* gehört zu den capitula extraordinaria, welche nicht gloſſirt, und daher auch nicht recipirt ſind. S. Weber's Handbuch des in Deutſchland üblichen Lehnrechts 1. Th. §. 32. S. 280.

98) *L. 7. D. de in diem addict.* Licet autem venditori, meliore allata conditione, addicere poſteriori, *niſi prior paratus ſit plus adiicere. L. 8. D. eodem.* Neceſſe autem habebit venditor, meliore conditione allata, priorem emtorem certiorem facere: *ut, ſi quid alius adjecit, ipſe quoque adiicere poſſit.*

Silberkauf nennt [99]). Man rechnet noch weiter hierher 5) das bey Subhaſtationen dem erſten Licitanten zuſtehende ſogenannte ius primi liciti [100]), und 6) den Vorkauf eines Gerichtsherrn in Anſehung der von dem Bauer zu Markt tragenden Victualien [1]). Allein für die beyden letzten Arten laſſen ſich aus dem gemeinen Recht keine Geſetze anführen [2]).

§. 993.

99) *L. 1. Cod. de metallariis.* Perpenſa deliberatione duximus ſanciendum, ut quicunque metallorum exercitium velit affluere, is labore proprio et ſibi et reipublicae commoda comparet. Itaque *ſi qui ſponte conduxerint*, eos laudabilitas tua octonos ſcrupulos in balluca cogat exſolvere. Quidquid autem amplius colligere potuerint, *fisco potiſſimum diſtrahant, a quo competentia ex largitionibus noſtris pretia ſuſcipiant.* Statt *ſponte conduxerint* muß nach *L. 3. Cod. Theod. de metallis* richtiger ſponte *confluxerint* geleſen werden. *Balluca* heißt Goldſand. S. *Iac.* GOTHOFREDUS ad L. 3. Cod. Theod. de metallis Tom. III. pag. 520. edit. *Ritter.* Diejenigen, welche ein Bergwerk anlegen, ſollen alſo nach dieſer Verordnung des Kaiſers Valentinian ihr, auſſer dem zu entrichtenden jährlichen Canon, welcher in 8. Scrupeln Goldſand beſtehen ſoll, gewonnenes Metall oder Gold vor allen andern dem Fiskus zum Verkauf anbieten, welcher ihnen den gehörigen Werth dafür bezahlen wird. S. *Bern. Lud.* MOLLENBEC Diſſ. de regali protimiſeos metallicae iure, vom Vorkauf der Metalle, ſonſt Silberkauf. *Gieſſae 1691.* Franz Ludw. v. Cancrin Grundſ. des teutſchen Berg- u. Salzrechts. 1. Abth. §. 164—168. und Chriſt. Gottlob Flade Römiſches Bergrecht. Freyberg 1805. 2. Abſchn. S. 80. u. 81.

100) CARPZOV Iurisprud. for. P. I. Conſt. 32. Def. 42.

1) LEYSER Specim. CLXIX. med. 6.

2) Hellfeld führt zwar die *L. 4. C. de fide et iure haſt. fiscal.* an. Allein das Geſetz ſagt nur, daß bey öffentlichen Verſtei-

Glücks Erläut. d. Pand. 16. Th. M gerungen

§. 993.

Verſchiedene Arten des geſetzlichen Retracts.

Der geſetzliche Retract unterſcheidet ſich von dem bloßen Vorkaufs- oder Einſtandsrechte darin, daß er in der Jemandem auf eines Andern Sache zuſtehenden Befugniß beſteht, vermöge deren er dieſelbe in dem Falle, da ſie von ihrem bisherigen Beſitzer an einen Dritten veräuſſert worden iſt, gegen Erfüllung aller derjenigen Bedingungen, unter welchen ſie der Dritte erhielt, nebſt Erſatz des Aufwandes, den derſelbe in Anſehung der Sache gemacht hat, an ſich zu bringen berechtiget iſt. Ein ſolches Recht, welches, ſeiner Gültigkeit und ſeinem Umfange nach, immer nur nach den beſondern Geſetzen oder dem Herkommen des Orts zu beurtheilen iſt, wo es geltend gemacht werden will, auch an ſich keine Begünſtigung verdient, ſondern vielmehr, als ein verhaßtes, und der Freyheit des bürgerlichen Verkehrs nachtheiliges Recht, im Zweifel immer eher einzuſchränken, als auszudehnen iſt [3]), kann da, wo es eingeführt iſt, aus mancherley Gründen Statt finden. Es kann nämlich zuſtehen 1) dem Eigenthümer eines Grundſtücks in Anſehung des an das ſeinige gränzenden, und von ſeinem Nachbar an einen Dritten verkauften Grundſtücks, — Nachbarrecht, *retractus ex iure vicinitatis*; oder 2) dem Beſitzer des einen Theils eines zertheilten Grundſtücks in Anſehung des von dem bisherigen Beſitzer an einen Dritten verkauften andern

gerungen ſo lange noch immer ein beſſeres Gebot gethan werden könne, als die Licitationszeit noch nicht verſtrichen iſt.

3) S. Weber zu Schmidts Lehrbuch von Klagen §. 921. Not. u. S. 676.

dern Theils; — Geſpilde- oder Spaltungsrecht, *retractus ex iure congrui*; oder 3) einem Einheimiſchen in Anſehung eines an einen Auswärtigen veräußerten Grundſtücks, — Marklosung, *retractus ex iure incolatus* 4) und in ſofern er nicht blos einem Gemeinde Mitgliede, ſondern jedem Landesunterthan in Anſehung eines an einen Ausländer veräußerten Grundſtücks zuſteht, — Territorialretract; oder 4) dem Theilhaber an einer gemeinſchaftlichen Sache in Anſehung des dem andern Mittheilhaber bisher zugeſtandenen, und von demſelben an einen Dritten verkauften Antheils; — Ganerbenrecht, *retractus ex iure communionis*, ſeu *ex condominio*; oder 5) einem Verwandten des Verkäufers in Anſehung eines von ihren beyderſeitigen Vorfahren erworbenen, und an einen Dritten veräußerten Gutes. — Erblosung, Erbfreundrecht, *retractus gentilitius*. Die weitere Ausführung dieſer Arten des Retracts gehört in das teutſche Privatrecht, es iſt auch dieſes Feld ſchon von Walch hinlänglich bearbeitet worden.

4) Irrig leitet man den Urſprung dieſes Retracts aus *L. un. Cod. Non licere habitator. metrocomiae loca ſua ad extraneum transferre*, her. Das Geſetz verbietet vielmehr ſchlechterdings die Veräuſſerung der zu einer Metrokomie gehörigen Güter an Auswärtige bey Strafe der Nichtigkeit. *Metrocomia* war, wie *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad L. 6. Cod. Theod. de patrocin. vicor. T. IV. pag. 187. ſagt, mater pagorum, ſeu caput inter omnes vicos, qui uni civitati ſubiecti erant: haud aliter, quam metropolis mater civitatum eiusdem provinciae. Man ſehe auch Walch S. 11. §. 7.

§. 994.

Beſtrittene Allgemeingültigkeit des Erbloſungsrechts.

Viele Rechtsgelehrten [5]) ſind der Meinung, daß unter allen Arten des Retracts die Erbloſung ſich darin auszeichne, daß ſie die einzige Art des dinglichen Näherrechts ſey, welche auf einer allgemeinen deutſchen Gewohnheit beruhe, und folglich in der Regel, als allenthalben gültig, ohne weitern Beweis, präſumirt werden müſſe. Allein man irrt hier offenbar. Eine Allgemeingültigkeit des Erbloſungsrechts durch ganz Teutſchland iſt unerweislich. Denn das römiſche Recht ſpricht den Verwandten dieſes Recht geradezu ab [6]). Durch eine Verordnung des Kaiſers Friedrich I. [7]) ward es ihnen zwar wieder eingeräumt; allein dieſe Conſtitution gehört ad capitula Feudorum extraordinaria, welche in Teutſchland nicht recipirt ſind. Ein allgemeines Gewohnheitsrecht kann auch dafür nicht angeführt werden. Denn wenn es auch, wie man behaupten will, in den meiſten Provinzen Deutſchlandes gelten ſollte, ſo würde doch auch dieſe Uebereinſtimmung noch

5) Auſſer unſerm Hellfeld ſind dieſer Meinung GAIL Obſer. vat. Lib. II. c. 19. SCHILTER Prax. iur. Rom. Ex. XXX. §. 138. Struben Nebenſtunden 5. Th. Abh. XXXII. §. 24. S. 59. SELCHOW Elem. iur. Germ. §. 591. EISENHARTH Inſtitut. iuris germ. priv. Lib. III. Tit. 8. §. 13 Walch Geſchichte des Näherrechts §. 17—26. und im Näherrechte 2. B. 2. Hptſt. 1. Abſch. 1. Abth. 1. Abſ. §. 23. S. 362. Runde Grdſ. des allg. deutſch. Privatrechts §. 196.

6) *L. 14. Cod. h. t.*

7) *V. Feud. 13.*

noch kein allgemeines deutſches Recht begründen [8]), zumal da es ganz entſchieden mehrere deutſche Territorien giebt, wo dieſer Retract nicht üblich iſt [9]). Es muß alſo lediglich das Particularrecht in jedem einzelnen Falle entſcheiden, ob und wieweit die Erloſung Statt finde; und es läßt ſich mithin keinesweges behaupten, daß dieſe Art des Näherrechts durch ganz Deutſchland die Vermuthung des Gebrauches für ſich habe, vielmehr muß derjenige, der auf dieſelbe ſich beruft, im Falle des Widerſpruchs jedesmal gehörig darthun, daß ſolche an dem Orte, wo er ſie ausüben will, durch Geſetz oder Herkommen begründet ſey [10]).

§. 995.

Pflichten des Retrahenten.

Derjenige, welcher ſich des Näherrechts bedient, tritt vermöge ſeines Rechts in die Stelle des Käufers ein, und ladet deſſen Rechte und Verbindlichkeiten auf ſich [11]). Der Retra-

8) S. Hufeland Beyträge zur Berichtigung der poſit. Rechtswiſſenſchaft. St. 1. Abh. 1.

9) Z. B. Wirtemberg, Wisbaden, Frankfurt am Main, Roſtok, Sachſen-Gotha u. a. m.

10) Hierin ſtimmen überein WERNHER Select. Obſ. for. Tom. I. P. III. Obſ. 162. STRYK de Succeſſ. ab inteſt. Diſſ. VI. Cap. I. §. 15. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CXCIII. medit. 2. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1970. PUFENDORF Obſervat. iuris univ. Tom. I. Obſ. 133. §. 1. Danz Handbuch des heutigen deutſchen Privatrechts 2. B. §. 196. und Göz rechtliche Entſcheidungen der jurid. Facultät zu Altdorf. Nr. XIV. S. 187. ff.

11) S. Böhmer auserleſene Rechtsfälle. 1. Bandes 2. Abth. Reſp. LXVIII. 2. Frage Nr. 14.

Retrahent muß daher alle diejenigen Bedingungen erfüllen, unter welchen die zu retrahirende Sache von dem Käufer erworben worden iſt. Denn dieſer darf von dem Retract ſchlechterdings keinen andern poſitiven Nachtheil haben, als den, daß er die dem Näherrechte unterworfene Sache dem Retrahenten abtreten muß. Hieraus folgt, daß wenn 1) ein Sammt- oder Mengekauf geſchloſſen, und vermöge deſſelben mehrere Grundſtücke zugleich für einen Preis gekauft worden, welche nicht alle dem Näherrechte unterworffen ſind, der Retract zwar an ſich nicht wegfalle [12]), allein der Retrahent verbunden ſey, entweder in den ganzen Kauf zu treten, oder von dem Retract gänzlich abzuſtehen, wenn es nämlich bey dem geſchloſſenen Contract zur Bedingung gemacht war, daß alles beyſammen bleiben müße, ſo daß der Käufer den Kauf gar nicht geſchloſſen haben würde, wenn er das dem Retract unterworfene Grundſtück nicht zugleich mit erhalten hätte. Denn ſonſt würde hier der Käufer den Schaden haben, daß er nun ein Grundſtück behalten müßte, welches er ohne das retrahirte nie gekauft haben würde, und

12) Einige Rechtsgelehrten wollen zwar behaupten, daß bey einem Sammtkaufe der Retract nicht Statt finde; als BERLICH Deciſ. 165. nr. 5. et Deciſ. 166. nr. 1. WERNHER Select. Obſervat. for. Tom. I. P. V. Obſ. 222. und HOMMEL Rhapſod. Quaeſt. for. Vol. I. Obſ. 43. et 206. Allein dieſe Meinung iſt auf keine Weiſe zu rechtfertigen. Dem Retrahenten ſteht ein ſo vollkommenes Recht zu, daß man unmöglich annehmen kann, es dürfe durch einen ſolchen Mengekauf nach Willkühr ausgeſchloſſen werden. S. Walch Näherrecht 1. B. 3. Hptſt. 3. Abſchn. §. 14. S. 207. und KIND Quaeſt. for. Tom. I. cap. 52.

und welches nun ohne dieſes für ihn entweder ganz unbrauchbar, oder wenigſtens von keinem Intereſſe und Werth iſt [13]). Ein Anders wäre, wenn der Käufer den Kauf auch ohne das dem Retract unterworffene Stück geſchloſſen haben würde. Hier kann der Käufer nicht ſagen, daß er einen Nachtheil davon habe, wenn der Retrahent nur das ſeinem Näherrecht unterworffene Grundſtück allein abfordert. Es wird aber auch in jenem Falle vorausgeſetzt, daß der Sammtkauf nicht argliſtig und in der Abſicht geſchloſſen worden ſey, um den Retrahenten abzuſchrecken, und ihm dadurch mittelbar ſein Recht zu entziehen. Hier würde der Retrahent allerdings berechtiget ſeyn, nur das ſeinem Recht unterworffene Grundſtück aus dem Sammtkaufe allein herauszulöſen, und die übrigen Stücke, die der Käufer blos aus Gefährde mitkaufte, demſelben allein zu überlaſſen [14]). Auf ſolche Art läßt ſich die Meinung derjenigen [15]) vereinigen, welche den Retrahenten nicht für ſchul-

13) VOET Comm. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. 3. §. 22. PUFENDORF Obſervat. iur. univ. Tom. III. Obſ. 40. §. 4. et Tom. IV. Obſ. 22. CURTIUS Conjectur. iuris civ. Lib. II. c. 38. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iur. Rom.* Tom. V. pag. 198.) *Io. Th.* SEGER Diſſ. de re ſingulari ex pluribus uno pretio venditis retrahenda. *Lipſiae 1766.* §. ult. (in *Opuſcul.* Vol. I. Nr. VIII.) Walch Näherrecht S. 207. Danz Handbuch des heutigen deutſch. Privatrechts 2. B. §. 195. S. 203. und Grieſinger Commentar über das Wirtemb. Landrecht 3. B. S. 830. f.

14) S. Grieſinger a. a. O. S. 831.

15) BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. §. 13. not. 5. *Hieron. Frid.* SCHORCH Disquiſ. de retractu rei ſingularis ex pluribus ſimul uno pretio venditis. *Erfordiae 1783.* KIND Quaeſt. for. Tom. I. cap. 52. und *Chriſt. Theoph. de* GMELIN Comm. iuris civ.

ſchuldig halten wollen, wider ſeinen Willen in den Sammtkauf zu treten, weil ihm ſonſt ſein Recht gar leicht vereitelt werden könnte. Eine Gefährde läßt ſich aber doch auch ſo geradezu nicht annehmen, wenn nicht beſondere Anzeigen dazu vorhanden ſind [16]). Daß der Retrahent ſich dieſerhalb der Eidesdelation bedienen könne, leidet keinen Zweifel [17]). Es verſteht ſich auch, daß der Retrahent die übrigen in dem Sammtkaufe begriffenen, dem Retract aber nicht unterworffenen Stücke zu verlangen nicht befugt ſey, wenn dieſe der Käufer behalten will, ſondern ſich mit dem ſeinem Näherrechte unterworffenen begnügen müſſe. Er zahlt dann aber auch nur den Werth für das Grundſtück, welches er retrahirt [18]). Sind alle in dem Sammtkaufe begriffene Grundſtücke dem Retract unterworffen, ſo behaupten viele Rechtsgelehrten [19]) ohne Unterſchied, der Retrahent müſſe ſie entweder alle übernehmen, oder von dem Retract ganz abſtehen. Denn ſtünde es in ſeiner Willkühr, nur ein, oder einige, und nicht alle

civ. de ſingulari iure rerum plurium, quae non ſine damno vel offenſa pietatis ſeparantur, praecipue circa emtionem venditionem. *Tübingae 1814.* 8. §. 26. pag 66.

16) Einer andern Meinung iſt zwar SCHORCH cit. Disquiſit. p. 5. Allein dieſer Meinung ſteht *L. 6. C. de dolo malo* entgegen.

17) Grieſinger im angef. Commentar 3. B. S. 832. und mein Commentar 12. Th. §. 799. S. 264.

18) Walch a. a. O. §. 14. S. 207.

19) TIRAQUELL de retractu lign. §. 23. gloſſ. 1. nr. 1. et gloſſ. 2. nr. 2. et 3. FRANTZKIUS de laudemio cap. 16. nr. 276. HOFMANN Tr. de iure rerum individuarum Cap. IV. Sect. III. nr. 91. SCHORCH cit. Disquiſit. pag. 4. und GMELIN cit. Commentat. § 26. pag. 62 ſq.

le ſeinem Näherrecht unterworffene Stücke zu löſen, ſo könnte er leicht zum größten Nachtheile des Käufers die beſten Grundſtücke retrahiren, und die ſchlechtern dem Käufer zurücklaſſen. Dieß ſey ihm aber nicht erlaubt, ja es würde eine Argliſt verrathen, wenn er den Contract zu theilen verlangen wollte, da ihm doch an allen verkauften Stücken ein gleiches Recht zuſtehe [20]). Allein es kommt vor allen Dingen darauf an, ob ſämmtliche Stücke zu einem gewiſſen Hauptgute gehören, und mit demſelben ein von dem Käufer erkauftes ungetheiltes Ganzes ausmachen, oder nicht, ſondern beſondere für ſich beſtehende Stücke ſind. In dem erſten Falle hat es ſeine unbezweifelte Richtigkeit, daß es dem Retrahenten keinesweges erlaubt ſey, gegen den Willen des Käufers an einem Theile des Guts den Retract auszuüben, der ihm auf das ganze ungetheilte Gut zuſtand [21]). In dem letzten Falle hingegen iſt darauf zu ſehen, ob der Käufer ohne diejenigen Stücke, die der Retrahent nur allein löſen will, den Kauf gar nicht geſchloſſen haben würde. Auch hier kann der Käufer, vorausgeſetzt, daß er ſich keines Dolus ſchuldig gemacht habe, mit Recht verlangen, daß der Retrahent auch die übrigen Stücke übernehme, wenn ſie nun für ihn keinen Werth und Intereſſe mehr haben. Hätte hingegen der Käufer diejenigen Stücke, die der Retrahent nicht verlangt, auch an und für ſich gekauft, ſo daß ihm daraus, daß er ſie behält, kein beſonderer Nachtheil entſteht; ſo läßt ſich nicht wohl

20) *L. 5. L. 6. Cod. de omni agro deſerto.*

21) Conſil. Tubing. Vol. III. Conſil. 234. nr. 19. ſqq. Eben ſo entſchied auch der griechiſche Richter bey HARMENOPULUS in Promptuario iuris Lib. III. Tit. 3. nr. 128.

wohl behaupten, daß der Retrahent verbunden ſey, alle ſeinem Näherrecht unterworffenen Stücke zu retrahiren, weil Niemand zur Ausübung eines ihm zuſtehenden Rechts gezwungen werden kann, ſofern keinem Andern durch den Nichtgebrauch deſſelben ein Nachtheil erwächſt [22]). In ſolchen Fällen nun, wo aus einem Sammtkaufe nur einzelne Stücke retrahirt werden, muß das zu retrahirende Grundſtück durch beeidigte Sachverſtändige nach ſeiner Größe und Güte geſchätzt werden [23]). Auſſerdem muß 2) der Retrahent dem Käufer den nämlichen Kaufpreis erlegen, den der letzere dem Verkäufer bezahlt hat [24]), wenn er auch den wahren Werth der Sache überſteigen, oder auch der Werth der Sache in der Zwiſchenzeit geſtiegen ſeyn ſollte [25]). Er muß ferner 3) dem Käufer allen übrigen Aufwand erſetzen, den er der Sache wegen gehabt hat, als Lehnwaare, Geſchenke, welche der Käufer auf Verlangen

22) S. Grieſinger S. 835—840.

23) BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. §. 13. not. 5. Grieſinger S. 840. und GMELIN cit. Commentat. §. 27. pag. 68.

24) Die Bezahlung der Kaufſumme muß auch in ſolchen Münzſorten geſchehen, welche dem innern Werthe der vom Käufer bezahlten Summe nach dem damaligen Curs der Münzen gleichkommen. S. Schmidts Abh. von den Münzſorten, in welchen eine Geldſchuld abzutragen iſt. §. 285. Ebendeſſelben rechtliche Entſcheidungen zu jener Abhandlung Nr. LXXVII. S. 553. und von Zangen Beyträge zum teutſchen Rechte. 2. Th. Nr. 1.

25) Walch Näherrecht 1. Buch 3. Hptſt. 3. Abſchn. §. 6. u. 7. S. 193. und S. 196. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXCIII. medit. 9. Ge. Lud. Böhmer auserleſene Rechtsfälle 1. B. 2. Abth. Reſp. 68. nr. 15.

gen des Verkäufers deſſelben Frau und Kindern, des Kaufs wegen, hat machen müſſen, ferner die Gebühren für die Ausfertigung des Kaufbriefs, Schlüſſel- und Weinkaufsgelder, ſo wie die zur Erhaltung der Sache aufgewandten Koſten, und den zur Verbeſſerung derſelben gereichenden nützlichen Aufwand, ſo weit nämlich dieſer Aufwand die bis zur Zeit des Retracts aus der Sache gezogenen Vortheile und Nutzungen überſteigt [26]). Die blos zum Vergnügen aufgewandten Unkoſten (impenſae voluptuariae) werden ihm faſt durchgehends aus dem Grunde abgeſprochen, weil auch der bonae fidei poſſeſſor dafür keinen Erſatz fordern, ſondern ſie nur wegnehmen könne, ſo weit eine Trennung derſelben möglich iſt [27]). Man behauptet ſogar, der Käufer müſſe auch die ordentlichen zur Erhaltung der Sache dienenden Ausgaben tragen, z. B. was er um das Haus im Dach und Fach, oder das Grundſtück im nöthigen Bau zu erhalten, aufgewandt hat, desgleichen die gewöhnlichen Steuern und andere Abgaben, weil auch der Nutznießer dieſe übernehmen müſſe [28]); nur die zur Erhaltung der Sache aufgewandten auſſerordentlichen Koſten müßten ihm vergütet werden [29]). Ueberhaupt aber ſey immer bey jeder Art von Koſten, die der Retrahent erſtatten ſolle, vorauszuſetzen, daß ſie mäßig ſind, und mit der Sache, worauf ſie verwendet worden, in Proportion ſtehen [30]). Allein man geht hier von ganz falſchen Grund-

26) Grieſinger S. 936.

27) Walch a. a. O. §. 18. S. 214. f.

28) *L. 7. §. 2. D. de uſufr. L. 7. Cod. eod.*

29) Danz Handbuch des deutſchen Privatrechts 2. B. §. 195. S. 203. Walch a. a. O. §. 19. S. 217.

30) Danz a. a. O. S. 204. Walch S. 215. a. E.

Grundſätzen aus. Der Käufer iſt hier weder als bonae fidei poſſeſſor, noch als Uſufructuar zu betrachten, ſondern er iſt Eigenthümer, und zwar ein vollkommner wahrer Eigenthümer, der von dem Retract keinen andern poſitiven Schaden haben darf, als den, daß er die gekaufte Sache entbehren muß [31]. Nach dieſem Princip muß der Käufer wegen jeder Art von Koſten entſchädiget werden, alſo auch wegen der blos zum Vergnügen verwandten, ſo weit er durch den Genuß der Sache nicht entſchädiget iſt, und der Aufwand nicht in der boshaften Abſicht gemacht worden, um den Retrahenten von dem Abtriebe abzuſchrecken [32]. Ehe nun der Käufer wegen der von dem Retrahenten zu erfüllenden Bedingungen vollkommen befriediget worden iſt, iſt derſelbe das retrahirte Grundſtück abzutreten nicht verbunden [33]. Bis dahin behält er denn auch noch den Genuß der Früchte [34]. Inſonderheit aber wird baare Bezahlung des Kaufgeldes erfordert, und es kann dem Käufer nicht zugemuthet werden, daß er ſtatt des baaren Geldes einen Bürgen oder Pfand annehme [35]. Weigert ſich der Käufer die Bezahlung anzunehmen, ohne hierzu eine gerechte Urſache zu haben, ſo iſt der Retrahent ſeiner Verbindlichkeit entlediget, wenn er das

31) Grieſinger S. 936. ff.

32) BERLICH Concluſ. practic. P. II. Concl. 41. nr. 43.

33) Danz Handbuch des heutigen deutſchen Privatrechts. 2. B. §. 195. nr. 11. S. 204. f.

34) von Bülow und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſ. 3. B. 2. Erört.

35) MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XXIII. Th. 63. not. *α*. Walch S. 200.

das Geld nach geſchehener reellen Anbietung gerichtlich deponirt [36]). Von dieſer Zeit an iſt auch der Käufer zur Reſtitution der genoſſenen Früchte verbindlich. Die bloße Ankündigung des Retracts ſetzt alſo den Käufer noch nicht gleich in moram, ſondern es kommt darauf an, wie ſich der Retrahent bey der Ankündigung, zur Erfüllung ſeiner Verbindlichkeiten, bereit erklärt hat. Die bloße Erklärung, daß er in den Kauf treten, und das Kaufgeld bezahlen wolle, iſt nicht hinreichend, ſondern die Verbindlichkeit der Käufers zur Erſtattung der von dem retrahirten Grundſtück während des Prozeſſes gezogenen Früchte, hängt lediglich davon ab, ob der Retrahent zur baaren Bezahlung des Kaufgeldes bereit war, ſo daß es blos an dem Käufer lag, daſſelbe anzunehmen. Iſt eine ſolche reelle Oblation nicht geſchehen, ſo genießt der Käufer die Früchte mit Recht, auch während des Prozeſſes [37]). Sind Früchte zur Zeit der Abtretung des Grundſtücks noch ſtehend, ſo ſind ſie als ein Theil deſſelben anzuſehen [38]). Der Retrahent ſpricht ſie alſo zwar mit dem Grundſtück an, er muß aber den Käufer wegen dieſes Verluſtes vollkommen entſchädigen [39]).

§. 996.

36) Arg. *L. 7. Cod. de pact. inter emtor. et vend.*

37) VOET Comm. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. 3. §. 27. STRUV Synt. iuris civ. Exerc. XXIII. Th. 63. und Walch S. 225. Not. 10.

38) *L. 44. D. de rei vindicat.*

39) Walch 1. B. 3. Hptſt. 3. Abſchn. §. 21. und beſonders die Gebr. Overbeck in den Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien. 10. B. Medit. 498.

§. 996.

Verluſt des Näherrechts.

Das Näherrecht kann auf mancherley Art verlohren gehen. 1) Durch Verjährung. Hier iſt ein Unterſchied zu machen zwiſchen dem Retract und dem Vorkaufe. Jener muß nach deutſchen Rechten binnen Jahr und Tag ausgeübt werden, worunter ein gemeines Jahr, und ein gemeiner Tag von 24 Stunden verſtanden wird, ſofern nicht die beſondern Landesgeſetze eine andere Beſtimmung enthalten[40]). Dieſe Verjährungszeit fängt jedoch erſt von der Zeit zu laufen an, da der Kauf durch die Uebergabe vollzogen worden iſt, und der Retrahent eine vollſtändige Wiſſenſchaft von dem Contract erhalten hat[41]). Hat der Retrahent vom Kaufe nichts erfahren, ſo erliſcht das Näherrecht erſt nach dreyßig Jahren. Denn da dieſe gemeine Verjährung bey allen dinglichen und perſönlichen Klagen der Regel nach in Deutſchland Statt findet, ſo muß ſie folglich auch bey der Retractsklage Satt haben, und dieſe fängt gleich von der Zeit der geſchehenen Veräuſſerung zu laufen an[42]). Das Vorkaufsrecht hingegen geht verlohren, wenn derjenige, welcher ſolches auszuüben berechtiget iſt, ſich deſſelben entweder nicht binnen der ihm deshalb geſetzten Friſt, z. B. binnen zwey Monaten beym Ver-

40) Walch 1. B. 5. Hptſt. §. 10. ff. S. 260. ff. und Grieſinger im angef. Commentar §. 219. S. 912. ff.

41) Walch a. a. O. §. 14. S. 271. ff. §. 15. S. 275. Viele rechnen jedoch den Anfang der Verjährung ſchon von der Zeit an, da der Kauf zu Stande kam. Allein Walch hat dieſe Meinung genügend widerlegt.

42) Walch a. a. O. §. 19. S. 280.

Verkaufe eines emphyteutiſchen Guts, von der Zeit der dem Erbzinsherrn geſchehenen Anzeige des Contracts an gerechnet, oder ehe und bevor der Kauf durch die Uebergabe vollzogen ward, nicht bedient hat. Die dem Berechtigten zuſtehende perſönliche Klage auf Leiſtung des Intereſſe erliſcht jedoch erſt nach 30. Jahren [43]). II. Durch Entſagung, welche nicht nur ausdrücklich, ſondern auch ſtillſchweigend durch Handlungen geſchehen kann. Es müſſen nur ſolche Handlungen ſeyn, die man vernünftigerweiſe gar nicht anders erklären kann und muß, als daß man ſich ſeines Rechts habe begeben wollen. Denn eine Entſagung iſt im Zweifel nie zu vermuthen, wenn nicht die deutlichſten Kennzeichen derſelben vorhanden ſind [44]). Dahin gehört, wenn derjenige, welchem das Näherrecht zuſteht, von dem Käufer um ſeine Einwilligung in den Kauf erſucht wird, und er williget in den Kauf. Hierdurch hat er ſich des Retracts, den er hätte ausüben können, unſtreitig begeben, weil ſonſt ſeine Einwilligung gar keinen Zweck hätte, wenn man ſie nicht für eine Entſagung gelten laſſen wollte; indem zur Schlieſſung des Kaufs, den der Retrahent ohnehin nicht hindern konnte, die Einwilligung deſſelben nicht erforderlich war. Auſſerdem läßt ſich nicht behaupten, daß die Genehmigung des Kaufs ſchlechterdings eine ſtillſchweigende Entſagung enthalte, wenn ſich noch ein anderer Grund gedenken läßt, warum die Genehmigung des zur Loſung Berechtigten erfordert wurde, z. B. wenn der Lehnherr, als ſolcher, den Kauf genehmiget, oder der Richter, als ſolcher, den

43) CARPZOV P. II. Conſt. 32. Def. 13.

44) Grieſinger angef. Commentar 3. B. §. 226. S. 953. und Walch Näherrecht S. 249. f.

den Kauf beſtätiget, oder derjenige, welchem der Retract zuſteht, blos als Zeuge zugezogen wurde. Denn in allen dieſen Fällen iſt anzunehmen, daß ſie den Kauf nur ſalvo iure ſuo genehmiget haben [45]). Ja wenn auch die Einwilligung des zum Retract Berechtigten in den Kauf ausdrücklich wäre nachgeſucht worden, es hätte aber derſelbe blos zu Gunſten einer gewiſſen Perſon, oder in Rückſicht des zu hohen Preiſes in den Kauf gewilliget, ſo würde ihn nicht einmal ſeine Einwilligung verbinden, wenn die Sache nachher einer andern Perſon, oder für einen geringern Preis verkauft worden wäre. Ja nicht einmal eine ausdrückliche Entſagung würde dem Retrahenten präjudiciren, wenn die Contrahenten argliſtig einen höhern Preis angegeben haben ſollten, als ſie unter ſich feſtgeſetzt haben. III. Wenn die Qualität der Sache, welche den weſentlichen Grund des Retracts ausmacht, gänzlich aufgehört hat, ſo fällt auch das Näherrecht weg. Der Fall tritt beſonders bey der Erbloſung ein. Dieſe ſetzt voraus, daß das veräuſſerte Grundſtück ein Stammgut ſey, welches von den Vorfahren des Verkäufers auf denſelben durch Erbgangsrecht gekommen iſt, ob es übrigens mittelbar, oder unmittelbar auf den Verkäufer vererbt worden, iſt gleichviel, wenn es nur von einem ſolchen auf denſelben durch Erbgangsrecht gefallen iſt, von welchem der Retrahent ſowohl, als der bisherige Beſitzer und Verkäufer rechtmäßig abſtammt [46]). Wenn daher das Gut an einen Dritten auſſer der Familie verkauft, und von dieſem aufs

45) S. Danz Handbuch des deutſchen Privatrechts 2. B. §. 195. S. 210.

46) Danz Handbuch 2. B. §. 196. S. 215.

aufs neue an einen Fremden gebracht worden iſt, ſo daß alſo nicht der gegenwärtige Verkäufer, ſondern derjenige, von welchem es derſelbe an ſich brachte, mit dem Retrahenten von dem vormaligen gemeinen Erwerber deſſelben abſtammt, das Gut folglich ſich in der dritten Hand befindet; ſo kann nun ein ſolches Grundſtück nicht weiter retrahirt werden, weil es durch die letzte Veräußerung aufgehört hatte, in Rückſicht der Familie des erſten Verkäufers, ein Stammgut zu ſeyn [47]).

Es iſt eine offenbar irrige Meinung, wenn **Hellfeld** behauptet, daß auch durch Ceſſion das Näherrecht erlöſche. Denn Erſtens iſt überhaupt die Frage noch zu erörtern, ob und in wiefern das Näherrecht einem Dritten abgetreten werden könne? Es kommt hier darauf an, auf welchem Grunde das Näherrecht beruhet. Gründet ſich daſſelbe blos auf einen Vertrag, oder Teſtament, ſo hat es keinen Zweifel, daß ein ſolches Recht, welches auch auf die Erben übergeht, einem Dritten cedirt werden könne [48]), voraus-

47) S. Walch's Näherrecht 2. B. 2. Hptſt. 1. Abſch. 1. Abth. 1. Abſ. §. 20. S. 355. Strubens rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 133. S. 470. und Thibaut Verſuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 2. B. 2. Abh. S. 70. Anderer Meinung iſt jedoch *Io.* VOET Comm. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. 3. §. 24.

48) S. *Wolfg. Ad.* SCHOEPF Diſſ. de retractu conventionali et teſtamentario. *Tüb. 1758.* Cap. I. §. 6. et 16. et Cap. II. §. 2. *Mich.* GRASS Diſſ. de ceſſione iuris retractus. *Tübing. 1713.* §. 22 — 27. STRYK de Succ. ab int. Diſſ. VI. Cap. 2. §. 6. CARPZOV Iurispr. for. P. II. Conſt. 32. Def. 8. WERNHER Select. Obſervat. for. T. II. P. IX. Obſ. 164.

vorausgeſetzt, daß in Rückſicht eines teſtamentariſchen Näherrechts nicht aus den Worten des Erblaſſers eine andere Abſicht hervorgehe [49]); oder das durch Vertrag bedungene Recht nicht blos auf die Perſon des Berechtigten beſchränkt ſey [50]). Denn Vertragsrechte, ſo wie Vermächtniſſe, gehen in der Regel auf die Erben über, und ſind veräuſſerlich, alſo auch ceſſibel. Denn der Schluß von Veräuſſerung auf Ceſſion iſt gültig [51]). Anders verhält ſich's mit dem geſetzlichen Näherrechte [52]). Dieſes hat entweder in einer perſönlichen Qualität des Berechtigten, oder in dem Beſitz einer gewiſſen Sache ſeinen Grund. In dem erſten Falle iſt es ein ſubjectiv perſönliches Recht, welches ſeiner Natur nach keine Ceſſion geſtattet. Daher ſind alle Rechtsgelehrten darin einverſtanden, daß die Erb-

49) Walch im Näherrecht 2. B. 3. Hptſt. §. 4. will zwar das teſtamentariſche Näherrecht nur dem Legatar, aber weder deſſelben Erben noch dem Ceſſionar einräumen. Allein er argumentirt unrichtig von dem geſetzlichen Retract auf den teſtamentariſchen, wie ſchon Grieſinger im Commentar über das Wirtemb. Landr. 3. B. §. 215. S. 881. Not. r. gegen Walch erinnert hat.

50) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XVIII. Tit. 4. §. 31.

51) *L. fin. Cod. de hered. vel act. vend. L. 5. §. 1. D. Quando dies legator. L. un. §. 4. et 5. C. de caduc. toll.* S. *Ge. Sam* MADIHN Diſſ. de iure protimiſeos eiusq. a iure retractus diſcrimine. §. XII. nr. III. pag. 39. und *Walt. Vinc.* WIESE Diſſ. de iuribus ex ceſſione tam valida, quam invalida. *Roſt. 1780.* § 12.

52) GRASS Diſſ. cit. §. 3. 9 10. 15—17. LAUTERBACH cit. loc. §. 31. Walch Näherrecht 1. B. 3. Hptſt. 1. Abſchn. §. 4. S 120. Grieſinger §. 227. S. 957.

loſung durch keine Ceſſion einem Dritten übertragen werden könne [53]). Zwar kann ſich wohl der nähere Verwandte ſeines Rechts zum Beſten des entfernteren begeben. Allein dieſes iſt keine Ceſſion, weil der entferntere Verwandte ſchon diejenige perſönliche Qualität beſitzt, welche ihn, den Retract auszuüben, fähig macht. Denn einem Fremden, welcher kein Verwandter des Cedenten iſt, kann das Erbfreundsrecht nicht abgetreten werden [54]). In dem letztern Falle hingegen wird dem Ceſſionar entweder zugleich die Sache überlaſſen, um deren willen dem Cedenten der Retract zuſteht, oder nicht. In dem letzten Falle iſt die Ceſſion vergeblich. In dem erſten Falle kann zwar der Ceſſionar den Retract ausüben, aber er übt ihn nicht als Ceſſionar, ſondern als nunmehriger Beſitzer der Sache aus [55]). Eine Ceſſion läßt ſich nur dann gedenken, wenn das geſetzliche Näherrecht ohne jene oder dieſe beſondere Vorausſetzung ausgeübt werden kann. Aber auf keinen Fall enthält die Ceſſion einen Grund, aus welchem das Näherrecht wegfällt, weil es ja der Ceſſionar an der Stelle des Cedenten ausübt. Iſt ein Verdacht vorhanden, daß der Retrahent das ihm zuſtehende Näherrecht nicht für ſich, und zu ſeinem eigenen Nutzen, ſondern in der Abſicht ausübe, um das demſelben unterworfene Grundſtück einem Andern zuzuwenden, ſo kann von ihm die Lei-

53) Gebr. Overbek Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien 1. B. Medit. 15.

54) Walch 2. B. 2. Hptſt. 1. Abſch. 1. Abth. 1. Abſ. § 5. Not. 14. S. 318.

55) Walch a. a. O. S. 120.

ſtung eines Eides verlangt werden, wodurch er dieſen Verdacht von ſich entfernt [56]).

Noch entſteht zuletzt die Frage, ob das Näherrecht dadurch ausgeſchloſſen werden könne, wenn die Contrahenten den unter ſich abgeſchloſſenen Kauf wieder aufheben? Es iſt hier zuvörderſt vorauszuſetzen, daß der Kauf vollſtändig abgeſchloſſen und zu ſeiner Perfection gediehen war. Denn ſo lange der Kauf noch nicht vollkommen zu Stande gekommen iſt, kann das Näherrecht ohnehin nicht ausgeübt werden; geſetzt auch, daß der bisherige Beſitzer ſeine Abſicht, die Sache zu verkaufen, auf das beſtimmteſte erklärt, auch mit einem Dritten über den Verkauf der Sache bereits Unterhandlungen eingeleitet hätte [57]). Denn hier kann der Beſitzer noch immer von dem intendirten Verkaufe abſtehen, und die Sache behalten. Aber wie wenn der Kauf vollkommen abgeſchloſſen war, können hier die Contrahenten zurückgehen, um das Näherrecht auszuſchlieſſen? Iſt von einem bloßen Vorkaufsrechte die Rede, ſo hat derjenige, dem ein ſolches Recht zuſteht, nun ein ſo vollkommenes und wirkſames Recht erworben, daß ihm ſolches durch die Contrahenten auf keine Weiſe mehr entriſſen und vereitelt werden kann [58]). Die Geſetze geben dem

56) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCIII. medit. 6. et 7. und beſonders *Io. Frid.* GILDEMEISTER Obſervation. iur. varii argumenti. *Bremae 1758.* Obſ. 1. auch GRASS cit. Diſſ. §. 8. 12. et 13.

57) S. Fried. von Bülow und Theod. Hagemanns practiſche Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit. 4. B. 7. Erört. S. 39. f.

58) HOMMEL Rhapſod. Quaeſt. for. Vol. I. Obſ. 102. nr. 1. von Bülow und Hagemanns pract. Erörter. a. a. O.

dem Berechtigten die actio ex vendito zur Ausübung ſeines Rechts, ſo bald der Kauf vollkommen abgeſchloſſen iſt [59]). Streitiger iſt die Frage, ob das Nämliche auch bey dem Retract Statt finde? Nach der gemeinern Meinung behauptet man, daß die Contrahenten hier von dem Contract ſo lange noch immer wieder abgehen könnten, als der Kauf durch die Uebergabe noch nicht vollzogen worden iſt, ohne daß der Retract ausgeübt werden kann [60]). Man beruft ſich auf die Geſetze, welche den Contrahenten ſchlechthin erlauben, von einem geſchloſſenen Kaufe wieder abzugehen, ſo lange die Uebergabe noch nicht erfolgt iſt [61]). Ueberdem erhalte ja der Retrahent erſt dann ein Recht, den Abtrieb auszuüben, wenn durch die Uebergabe die Sache an den Käufer gebracht worden iſt. Andere [62]) hingegen unterſcheiden, ob ſich der Retrahent bereits gemeldet habe, oder nicht. Nur in dem erſten Falle ſtehe es den Contrahenten nicht weiter frey, von dem bereits zur Perfection gekommenen Kaufe mit der Wirkung wieder abzugehen, daß das Näherrecht nunmehr wegfalle. Dieſer Meinung tritt

59) *L. 21. §. 5. D. de act. emti et vend.* Si ita tibi fundum vendidero, ut nulli alii eum, quam mihi venderes, actio eo nomine ex vendito eſt, *ſi alii vendideris.*

60) *Io.* VOET Comm. ad Pand. Lib. XXIII. Tit. 3. §. 24. pr. STRUV Synt. iur. civ. Ex. XXIII. §. 65. BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. 5. §. 13. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCV. medit. 9. Walch Näherrecht. 1. B. 5. Hptſt. §. 20. S. 281. f. MÜLLER Obſervat. pract. ad *Leyſerum* T. II. Faſc. II. Obſ. 412.

61) *L. 3. et 5. §. 1. D. de reſc. vendit. L. 1. et 2. Cod. Quando liceat ab emt. diſcedere.*

62) PUFENDORF Obſervat. iur. univ. Tom. III. Obſ. 40. §. 5.

tritt auch Hellfeld aus dem Grunde bey, weil der Retrahent, ſobald er erklärt hat, daß er ſein Recht ausüben wolle, in die Stelle des Käufers trete, deswegen könne nun der Käufer dem Verkäufer ſeiner Verbindlichkeit nicht mehr entlaſſen. Allein die richtigere Meinung iſt wohl unſtreitig die Meinung derjenigen[63]), welche behaupten, daß auch der Retract, ſobald der Kauf zur Perfection gekommen iſt, dergeſtalt begründet ſey, daß die Contrahenten, zum Nachtheil deſſelben, den Kauf nicht willkührlich wieder aufheben können. Der Retract unterſcheidet ſich zwar dadurch weſentlich von einem bloſen Vorkaufsrechte, daß er auch noch nach erfolgter Uebergabe gegen den Käufer geltend gemacht, und die ſchon veräußerte Sache mittelſt deſſelben abgefordert werden kann. Offenbar irrig aber iſt es, daraus zu folgern, daß er erſt durch die Uebergabe begründet werde. Der Retract iſt ja ein anerkanntes ſtärkeres Recht, als der Vorkauf. Er würde aber ein ſchwächeres Recht ſeyn, wenn er erſt durch die Conſummation, und nicht ſchon durch die Perfection des Kaufs begründet würde. Mit Recht ſagt daher Madihn[64]): iuris retractus auxilio non omnia ſolum conſequi poſſumus, quae iuris protimiſeos conſtituunt effectus, ſed vires ſuas adeo extendit, ut alienationes quoque irritas faciat. Welche auffallende Inconſequenz

63) SANDE Deciſion. aureae Lib. III. Tit. 5. Def. 6. STRYK de Succ. ab int. Diſſ. VI. Cap. 4. § 39. Grieſinger Commentar 3. B. §. 197. S. 748. von Zangen pract. Bemerkungen zur Lehre vom Abtriebsrechte Nr. XI. S. 40. und von Bülow u. Hagemanns pract. Erörterungen a. a. O. Not. o.

64) Diſſ. cit. de iure protimiſeos, eiusq. a iure retract. diſcrimine. §. XII. nr. I. pag. 37.

ſequenz würde es nicht ſeyn, wenn man behaupten wollte, vermöge des Retracts könne zwar eine ſchon geſchehene Veräußerung wieder aufgehoben, aber die Vollziehung des Kaufs nicht verhindert werden? Die Geſetze geſtatten freylich den Contrahenten, den unter ſich abgeſchloſſenen Kauf bis zur erfolgten Uebergabe wieder aufzuheben, aber nur inſofern es ihre eigenen Rechte und Verbindlichkeiten gilt, nicht zum Nachtheil des Rechts eines Dritten. Hier geben ſie uns vielmehr die Regel: Nemo poteſt mutare conſilium in alterius iniuriam [65]), welche Regel in dem gegenwärtigen Falle ihre vollkommene Anwendung findet [66]).

§. 997.

II. **Wiederkauf, oder Rückkaufsvertrag.** Unterſchied deſſelben von dem Verkaufe und andern Verträgen

Ein anderer ſehr gewöhnlicher Nebenvertrag des Kaufcontracts iſt II. der **Wiederkauf**, oder **Rückkaufsvertrag** (*pactum de retrovendendo*). Es wird darunter derjenige Nebenvertrag verſtanden, wodurch der **Käufer** ſich verbindlich macht, die gekaufte Sache dem Verkäufer, oder deſſelben Erben auf Verlangen wieder zu verkaufen [67]).

Die-

65) *L. 75. D. de div. reg. iur.* Man verbinde noch damit *L. 74. D. eodem.* wo **Papinian** ſagt: Non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri.

66) Man vergleiche *Iac.* GOTHOFREDI Commentar. ad Tit. Pand. de div. reg. iur. pag. 330. edit. *Genev. 1653.* 4.

67) Von dieſem Vertrage handelt ſehr ausführlich *Ant.* FABER de errorib. Pragmaticor. Decade XXII. Außerdem ſind noch zu bemerken *Io.* SCHILTER Specim. de pacto retrovenditionis, adj. EIUS *Praxi artis analyticae in iurisprud.* P. III. *Chr.* THOMASII Diſſ. de uſu pract. accuratae diſtinctionis inter emtionem

Dieſer Vertrag ſchließt alſo I) ſeiner Natur nach ein pactum de vendendo (S. 27.) in ſich, von welchem er ſich aber darin unterſcheidet, daß er zwar in Rückſicht des künftigen Rückkaufs ein vorbereitender, in Rückſicht des erſten Kaufs hingegen ein angehängter Vertrag iſt; von dem Rückkaufe ſelbſt aber differirt er eben ſo, wie pactum de vendendo von dem Verkaufe ſelbſt. Ohne einen Kauf, welchem das pactum de retrovendendo iſt angehängt worden, iſt aber der Rückkaufsvertrag nicht denkbar. II. Er wird zu Gunſten des Verkäufers geſchloſſen, und giebt ihm ein Recht, den Käufer zur Erfüllung ſeiner Rückverkaufsverbindlichkeit mittelſt der aus dem Kaufcontracte entſpringenden actio venditi anzuhalten [68]). Hierdurch unterſcheidet ſich dieſer Vertrag a)

tionem cum pacto de retrovendendo et contractum pignoratitium. *Halae 1707.* und *Henr.* HAHN Diſſ. de pacto retrovenditionis. *Helmſtadii 1673.* Des *Io. Ehrenfr.* MARTINI Selectae de pacto retrovenditionis obſervationes. *Vitemb. 1711.* ſind eine von *Aug. a* LEYSER, noch als Profeſſor der Rechte zu Wittenberg, geſchriebene Diſſertation, welche er nachher ſehr vermehrt in ſeine Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCI. aufgenommen hat.

68) *L. 2. Cod. de pact. inter emtor. et venditor.* Es findet jedoch auch die actio praeſcriptis verbis Statt. *L. 12. D. de praeſcript. verbis.* S. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Dig. Lib. XVIII. Tit. 5. §. 17. und *Ant.* SCHULTING Enarrat. part. primae Dig. Lib. II. Tit. 14. §. 6. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. XXII. Err. 4. glaubt zwar, der Käufer könne ſich durch Leiſtung des Intereſſe von ſeiner Verbindlichkeit frey machen. Allein dieſe Meinung iſt ſchon oben S. 114. widerlegt worden. Man ſehe auch LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 99. HAHN cit. Diſſ. §. 30. et 38.

de

von dem Vertrage des **Vorkaufs**, welcher dem Verkäufer nur unter der Bedingung, wenn der Käufer ſich freywillig entſchließt, die Sache einmal wieder zu verkaufen, ein Recht giebt, den Vorzug vor jedem andern Käufer zu verlangen, folglich nicht eher, als wenn dieſer Fall eintritt, ausgeübt werden kann [69]. b) Von dem *pacto de retroemendo*, wodurch der Verkäufer ſich verbindlich macht, die verkaufte Sache wieder zu kaufen, wenn der Käufer ſie nicht behalten wolle. Dieſer Vertrag wird alſo zu Gunſten des Käufers beygefügt, welcher vermöge deſſelben den Verkäufer mit der actio emti nöthigen kann, die Sache wieder käuflich zu übernehmen; ſtatt daß es bey jenem Vertrage der Willkühr des Verkäufers überlaſſen iſt, ob er die Sache zurückkaufen wolle, oder nicht [70].

III. Die Wirkung des **Rückkaufsvertrags** a) auf Seiten des **Käufers** beſteht darin, daß dieſer zwar durch die Uebergabe der Sache nur ein widerrufliches Eigenthum erwirbt, es iſt jedoch daſſelbe ſeiner innerlichen rechtlichen Beſchaffenheit und Wirkung nach ein vollkommenes und uneingeſchränktes Eigenthum, welches nicht nur mit der vollkommenen Nutznießung, und freyen Diſpoſition, ſondern auch mit dem gegen jeden unbefugten dritten Be-

ſitzer

de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 39. und **Weſtphal** vom Kaufe §. 679.

69) S. **Geigers** und **Glücks** merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen. 2. Th. Nr. XXI. §. 4.

70) S. *Lud. God.* MADIHN Princip. Iur. Rom. P. II. §. 184. *Chriſt. Aug.* GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviſſ. T. II. §. 1066. und **Chriſtoph Chriſt. Dabelow** Handbuch des heutigen Privatrechts 2. Th. 2. Abth. §. 1305.

ſitzer zuſtehenden Vindicationsrechte begleitet iſt [71]). Daher ſind auch die während ſeines Beſitzes von ihm über die Sache gemachten Verfügungen, ſelbſt wenn einem Dritten dadurch Realrechte auf derſelben gegeben worden ſind, gültig, und bleiben auch noch nach erfolgtem Rückverkaufe bey Kräften [72]). Denn durch den Act der Retrovendition wird der erſte Kauf nur ex nunc reſolvirt [73]). Es iſt daher auch ſelbſt die von dem Käufer geſchehene Veräußerung an ſich nicht ungültig, wenn gleich derſelbe ausdrücklich, die Sache nicht verkaufen zu wollen, verſprochen hätte [74]); ſondern er iſt dem Verkäufer in dieſem Falle nur zur Leiſtung des Intereſſe verpflichtet [75]). Denn der Rückkaufsvertrag bewirkt b) auf Seiten des **Verkäufers** nur ein perſönliches Recht, welches gegen einen Dritten, der nicht in dolo iſt, noch unter der Bedingung des Rückverkaufs die Sache an ſich gebracht hat, nicht ausgeübt, ſondern nur gegen den Käufer und deſſen Erben

71) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCI. medit. 26. GÜNTHER a. a. O. HOFACKER c. l.

72) Weſtphal vom Kaufe §. 675. Deſſelben Pfandrecht §. 245.

73) S. MADIHN angef. Principia iur. Rom. P. II. §. 184. und dieſes Commentars 8. Th. §. 577. S. 76. f.

74) Mehrere ſind zwar anderer Meinung. Allein daß das pactum de non alienando die Uebertragung des Eigenthums nicht hindere, iſt ſchon oben S. 63. erwieſen worden. Mit mir ſtimmt Weſtphal vom Kaufe §. 677. überein.

75) VOET Comm. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. 3. §. 8. WESTENBERG Princip. iur. ſec. ord. Pand. Lib. XVIII. Tit. 5. §. 17. in fin.

den geltend gemacht werden kann [76]). Man nimmt zwar gewöhnlich noch den Fall aus, wenn der Verkäufer mit dem Käufer ausgemacht hätte, daß der Kauf für nicht geſchloſſen angeſehen werden ſoll, wenn der Verkäufer dem Käufer das Kaufgeld wieder zurückgeben würde [77]). Daß auch in dieſem Falle die Reivindication dem Verkäufer gegen den dritten Beſitzer zuſtehe, hat keinen Zweifel [78]). Allein ſchon **Anton Faber** [79]) hat ſehr richtig bemerkt, daß es ein von dem pacto de retrovendendo ganz verſchiedener Vertrag ſey, wovon die *L 7. Cod. de pact. inter emtor. et venditor. compoſit.* redet. Denn vermöge dieſes Vertrags fällt ja das Eigenthum an den Verkäufer zurück, ohne das es eines Rückkaufs weiter bedarf. Es iſt überhaupt noch die Frage, ob das pactum de retrovendendo in dem römiſchen Rechte wirklich gegründet ſey?

76) CARPZOV Iurisprud. for. P. II. Conſtit. I. Definit. 16. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 98. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 36. Schmidt Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 909. Gebr. Overbeck Meditationen über verſchied. Rechtsmaterien 3. B. Medit. 180. Höpfner Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen §. 873. Not. 3. GÜNTHER Princip. iur. Rom. T. II. §. 1066. nr. II. und Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 1. B. §. 494. Anderer Meinung iſt jedoch Juſt. Claproth in der Rechtswiſſenſchaft von vorſichtiger Eingehung der Verträge 2. Th. §. 285. S. 860.

77) CARPZOV cit. loc. Definit. 17. BERLICH Concluſ. pract. P. II. Concl. 2. nr. 18. Thibaut Syſt. des Pand. Rechts. 2. B. §. 957. u. a. m.

78) STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 40. und WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Diſputat. XXXV. Th. 30. in fin.

79) De Errorib. Pragmaticor. Dec. XXII. Err. 2.

ſey. Anton Faber [80]), Johann Coraſius [81]) und Daniel Nettelbladt [82]) zweifeln daran nicht ohne Grund. Man hält zwar die *L. 2. Cod. de pactis inter emtor. et venditor. compoſ.* für den Hauptſitz dieſes Vertrags, wo der Kaiſer Alexander an einen gewiſſen Chariſius auf folgende Art reſcribirt:

Si fundum parentes tui ea lege vendiderunt, *ut ſive ipſi, ſive heredes eorum emtori pretium quandocunque vel intra certa tempora obtuliſſent, reſtitueretur*; teque parato ſatisfacere conditioni dictae, heres emtori non paret, ut contractus fides ſervetur, actio praeſcriptis verbis, vel ex vendito tibi dabitur: habita ratione eorum, quae poſt oblatam ex pacto quantitatem ex eo fundo ad adverſarium pervenerunt.

Allein man hat dagegen erinnert, daß in dieſem Geſetz von keiner Ausbedingung eines Wiederkaufs, ſondern von einem dem Kaufe zu Gunſten des Verkäufers angehängten Reuvertrage, den man Reukauf zu nennen pflegt, die Rede ſey, welcher ſich von dem erſtern darin unterſcheidet, daß durch denſelben, wenn ſich der Verkäufer ſeines Rechts bedient, der erſte Kauf blos als Reſolutivbedingung aufgehoben wird, ohne einen neuen Kauf zu ſchließen, wie bey jenem Vertrage geſchieht. Es iſt dieſer Unterſchied allerdings in Rückſicht der Wiedererwerbung des auf den Käufer übertragenen Eigenthums nicht ohne

80) De erroribus. Pragmaticor. Dec. XXII. Err. 3.

81) Miſcellaneor. iuris civ. Lib. III. cap. 9.

82) Diſſ. de expenſarum et pretii reſtitutione in retrovenditione. *Halae 1776.* Sect. II. cap. I. §. 20.

ohne Intereſſe. Eben ſo läßt ſich auch die *L.* 1. *Cod. Quando decreto opus non eſt* verſtehen, wo man ſich auf die Worte beruft: Si probare potes, patrem pupilli, cuius tutores conveniſti, conſenſiſſe, *ut reddito tibi praedio pretium reciperet*; id quod convenit, ſervabitur. Vorzüglich aber glaubt man noch einen Hauptbeweis in der *L.* 12. *D. de praeſcript. verbis* zu finden, wo **Proculus** ſagt: Si vir uxori ſuae fundos vendidit, et in venditione comprehenſum eſt, *ſi ea nupta ei eſſe deſiiſſet, ut eos fundos, ſi ipſe vellet, eodem pretio mulier transſcriberet viro*: in factum exiſtimo iudicium eſſe reddendum; idque et in aliis perſonis obſervandum. Allein *transſcriberet* heißt nicht retrovenderet, ſondern redderet, wie es **Anton Faber**[83]) richtig erklärt. Die Baſiliken[84]) haben den Sinn dieſer Worte ſo ausgedrückt: ἐξεῖναί μοι τοῖς αὐτοῖς τιμήμασι ἀναλαβεῖν αὐτὸν, i. e. *ut eum fundum eodem pretio recipere mihi liceret*. Vergleicht man mit dieſen Stellen noch die *L.* 6. *D. de reſc. vendit.* und *L.* 2. §. 5. *D. pro emtore*, welche von allen Auslegern einſtimmig von dem Reukaufe verſtanden werden, ſo wird man unter denſelben eine große Aehnlichkeit finden[85]).

§. 998.

83) Rational. in Pand. ad h. L.

84) Tom. II. Lib. XX. Tit. 4. Conſt. 12. pag. 503.

85) Auch das aus dem Canoniſchen Recht gewöhnlich citirte *Cap.* 5. *X. de emt. vendit.* redet nicht von einem wahren Wiederkaufsvertrage, ſondern von einem pacto uſurario. S. GONZALEZ TELLEZ in Comm. ad Decretal. h. l. und ALTESERRA in Innocentio III. pag. 480. Ueberhaupt iſt zu bemerken, daß in den ältern Zeiten nicht ſelten eine antichretiſche Verpfändung

§. 998.

Von der Zeit des Rückkaufs. In wie fern findet hier Verjährung Statt?

In Rückſicht der Zeit des Wiederkaufs ſind folgende Fälle zu unterſcheiden. I. Es iſt keine gewiße Zeit beſtimmt worden. Hier ſind die Meinungen der Rechtsgelehrten getheilt. Einige [86]) behaupten, daß hier das Wiederkaufsrecht des Verkäufers keiner Verjährung unterworf-

dung in die Form eines auf Wiederkauf geſchloſſenen Verkaufs eingekleidet worden ſey. Ob nun wohl zwiſchen einem antichretiſchen Pfandvertrage und einem Wiederkaufe ein weſentlicher Unterſchied darin beſteht, daß bey dem erſtern der Schuldner Eigenthümer bleibt, bey dem letztern aber das Eigenthum auf den Käufer übergeht; ſo iſt doch übrigens gegen die Gültigkeit eines ſolchen Geſchäfts nichts einzuwenden, ſo weit ſolches innerhalb den Gränzen erlaubter Zinſen bleibt. S. BOEHMER Conſultat. et Deciſ. Tom. II. P. I. Reſp. 285 *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 53. Pütter auserleſene Rechtsfälle 3. B. 3. Th. Reſp. 306 nr. 13 S. 779. und Meiſter pract. Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrecht. 1. B. Bem. 25.

86) ZOANETTUS Tr. de emt. et venditione ſub pacto de retrovendendo nr. 28 FACHINAEUS Controv. iur. Lib. II. Cap. 13. WISSENBACH Exercitation. ad Pand. P. I. Diſp. 35. Th. 32. et 33. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol III. Specim. CXCI. medit. 7. WERNHER ſelect. Obſervat. for. Tom. I. P. I. Obſ. 313. *Aug. Frid.* SCHOTT Diſſ. de praeſcriptione iuris bona ſub pacto de retrovendendo alienata reluendi. §. 3 in *Opuſcul.* pag. 284. ſqq. MÜLLER ad *Struvium* Exerc. XXIII. Th. 42. not. γ. SCHAUMBURG Comp. iuris Dig. h. t. §. 20. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G Tom. III. §. 1961. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 542. nr. I. Höpfner Commentar über die Inſtitutionen. §. 873. a. E.

worffen ſey, ſondern zu jeder Zeit ausgeübt werden könne, denn es ſey als eine res merae facultatis anzuſehen. Andere [87]) hingegen unterſcheiden, ob ſich der Verkäufer ausdrücklich vorbehalten habe, die Sache zu jeder Zeit, wenn es ihm belieben würde, es ſey über kurz oder lang, wieder zu kaufen, oder nicht. Nur in dem erſten Falle ſey das Wiederkaufsrecht an keine Verjährungszeit gebunden; in dem letztern Falle aber müſſe es binnen dreyßig Jahren ausgeübt werden. Noch andere [88]) ſtellen ohne Unterſchied den

87) STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 44. et 45. BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 33. *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. P. II. §. 185. *God. Lud.* MENCKEN Introd. in doctr. de actionib. for. Sect. II. Cap. II. membr. 6. §. 38. pag. 225. und beſonders *Io. Frid.* KAYSER Diſſ. de praeſcriptione pacti de retrovendendo. *Gieſſae* 1724. und Semler über die Verjährung des aus dem Wiederkaufsvertrage entſpringenden Wiedereinlöſungsrechts: in dem neuen Leipziger Magazine für Rechtsgelehrte, herausgegeben von Günther und Otto. Leipzig 1786. Nr. IV. S. 63. ff. S. 236. ff. und S. 340. ff.

88) BACHOV Notae et Animadverſ. ad *Treutlerum* Vol. I. Diſp. XXVIII. Th. 10. lit. D. *Ant.* FABER Cod. definit. for. Lib. VII. Tit. 13. Def. 3. *Ant.* PEREZ Praelect. in Cod. Lib. IV. Tit. 54. nr. 22. Pütter auserleſene Rechtsfälle. 3. B. 3. Th. Reſp. CCCXI. nr. 23. ff. Herrmann Becker Rechtliche Gedanken über die Stelle in dem Schaumburgiſchen Compendio iuris Dig. Tit. de contrah. emt. vendit. §. 20. darin ſelbiger den Satz zu behaupten ſucht, daß das dem Verkäufer in einem pacto de retrovendendo indefinite inito vorbehaltene Wiedereinlöſungsrecht durch den Nichtgebrauch von 30 Jahren nicht verlohren gehe. Greifswalde 1787. 4. *David* SCHLÜTER Diſſ. de iure reluitionis ex pacto de retrovendendo competente, praeſcriptioni obnoxio. *Goett.* 1783. §. 24. *Wilh. Ferd.* L. B. BACHOV *ab* ECHT Exercit. de iuſtitia praeſcriptionis

den Grundſatz auf, wenn gar keine Zeit beſtimmt worden, ſo daure die Zeit des Rückkaufs nicht über dreyßig Jahre, wenn ſich auch der Verkäufer den Wiederkauf auf immer ausbedungen hätte. Jedoch ſind dieſe wieder in Anſehung des terminus a quo ſehr verſchiedener Meinung. Einige[89]) rechnen den Anfang der Verjährung von der Zeit des geſchloſſenen Contracts, andere[90]) von der Zeit der Uebergabe der verkauften Sache, und noch andere[91]) erſt von dem Augenblick an, da der Verkäufer, unter Anbietung des Preiſes, den Käufer zum Rückverkauf vergebens aufgefordert hat. Ich habe mich über dieſe ſtreitige Rechtsfrage ſchon bey einer andern Gelegenheit[92]) für die oben

nis circa bona ſub pacto retrovenditionis alienata. *Ienae 1730.* Sect. II. §. 15. ſqq. HUBER Praelect. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. 5. §. 10. Dabelow Handbuch des heutigen gemeinen Röm. deutſchen Privatrechts 2. Th. 2. Abth. §. 1305. *Henr. God.* BAUER Commentat. ius retroemendi indefinite conceſſum tempore longiſſimo praeſcribi. *Lipſiae 1762*; in Deſſelben Reſponſor. iur. Vol. II. *Lipſiae 1801.* 8. Reſp. XLVIII. pag. 1. ſqq. Weber zu Höpfners Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen §. 873. Not. 7. S. 931. GÜNTHER Princip. iur. Rom. priv. noviſſ. Tom. II. §. 1066. und Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 1. B. §. 494. Not. d.

89) *Pet. de* TOULLIEU Collectan. iuris civ. (*Groening. 1737.* 4. Diſſ. III. §. 85. MENCKEN Doctr. de action. for. p. 225. §. 38.

90) *Otto Dav. Henr.* BECMANN Diſſ. de feudo emto ſub pacto de retrovendendo. *Halae 1768.* §. 6. not. pag. 9.

91) Thibaut über Beſitz und Verjährung 2 Th. §. 43. S. 124. und Deſſelben Syſt. des Pand. Rechts 2. B. §. 1034. Dabelow über die Verjährung 2. Th. §. 169. S. 245. und Planck Lehre von der Verjährung. Göttingen 1809. 8. §. 20. S. 257.

92) S. den 1. Theil dieſes Commentars §. 15. S. 115.

oben angeführte zweyte Meinung erklärt, und es iſt hier nur noch nöthig, die Beweiſe für dieſelbe hinzuzufügen. 1) Daß die Wiederkaufsbefugniß in dem Falle, da ſich der Verkäufer vorbehalten hat, die verkaufte Sache zu jeder Zeit, wenn es ihm gefallen würde, wieder zu kaufen, als eine res merae facultatis anzuſehen, und daher keiner Verjährung unterworffen ſey, leidet an ſich keinen Zweifel. Denn wenn auch der Verkäufer das ihm aus dem Wiederkaufsvertrage zuſtehende Recht erſt nach dreyßig und mehreren Jahren geltend macht, ſo kann ihm doch eine extinctive Verjährung darum nicht entgegenſtehen, weil dieſe nur als poena negligentiae wirken, mithin, wo dieſe mangelt, auch gar nicht Statt haben kann. Nun hat hier der Verkäufer die Ausübung ſeines Rechts ganz ausdrücklich ſeiner freien Willkühr vorbehalten; die bisherige Unterlaſſung derſelben beruhete alſo auf vertragsmäßiger Uebereinkunft, und die Unverjährbarkeit dieſes Rechts iſt als eine Bedingung des ganzen Geſchäfts anzuſehen. Zwar wenden diejenigen Rechtsgelehrten, welche auch in dieſem Falle die Dauer der Wiederkaufsbefugniß nur auf eine Zeit von dreyßig Jahren beſchränken, hiergegen ein, daß ein Verzicht auf die Ausflucht der Verjährung nicht gültig geleiſtet werden könne, weil die Verjährung der Klagen zum allgemeinen Beſten eingeführt worden ſey, nämlich ne lites ſint aeternae [93]. Sie könne alſo nach der Regel des **Papinian**: *ius publicum priva-*

93) S. **Beckers** angef. rechtliche Gedanken. RAVE Doctr. de praeſcript. §. 167. **Dabelow** über die Verjährung 2. Th. Anh. §. 3. S. 377. f.

privatorum pactis mutari non poteſt [94]), durch Vertrag nicht aufgehoben werden. Allein dieſer Einwand iſt offenbar nichtig. Iſt es erlaubt auf den Andern ein Recht wiederruflich zu übertragen, und ſich den Wiederkauf zu jeder Zeit, quandocumque libuerit, auszubedingen, ſo muß es auch erlaubt ſeyn, auf die Verjährung eines Rechts Verzicht zu thun. Jenes beſtätigt *L. 2. Cod. de pactis inter emtor. et vend. compoſit.* Letzteres die *L. 31. §. 22. D. de aedilit. edicto*, wo **Ulpian** ſagt: Si convenerit, ut *in perpetuum* redhibitio fiat, puto hanc conventionem valere. Die Worte *in perpetuum* drücken aber nach den Geſetzen der Pandecten um ſo gewiſſer einen Zeitraum von ewiger Dauer aus [95]), da der Zeitraum von dreyßig Jahren erſt durch das Recht des Codex für die actiones perpetuae beſtimmt worden iſt [96]). Andere [97]) hingegen räumen zwar ein, daß kein Geſetz der Entſagung der Präſcription entgegenſtehe, weil ſelbſt der Zweck derſelben lehre, daß ſie in utilitatem privatorum eingeführt ſey, mithin die Regel eintrete, nach welcher es einem Jeden erlaubt iſt, ſich ſeines Rechts zu begeben [98]). Allein ſie

94) *L. 38. D. de pact.*

95) *Princip. I. de perpetuis et tempor. action. L. 21. §. 1. D. Quod metus cauſa.*

96) *L. 3. Cod. de praeſcript. 30. vel 40. annor.* S. *Aug. Frid.* GREEN Progr. de renunciatione praeſcriptionis. *Lipſiae 1777.* — EICHMANN ad *Ravii* doctr. de praeſcript. §. 167. not. t. pag. 385. ſqq. und **Thibaut** über Beſitz und Verjährung 2. Th. §. 2. S. 65.

97) S. SCHLÜTER Diſſ. cit. de iure reluition. ex pacto de retrovend. competente, praeſcriptioni obnoxio. §. 18. et 19.

98) *L. 29. Cod. de pact.*

ſie läugnen, daß die Ausdrücke zu jeder Zeit, wenn es dem Verkäufer gefallen wird, über kurz oder lang, zu ewigen Zeiten, einen Verzicht auf die Verjährung enthalten, wenn dieſer nicht ausdrücklich geleiſtet worden iſt. Man ſagt, ſolche generelle Zeitausdrücke, welche von den Contrahenten bey der Schließung des Wiederkaufsvertrags gebraucht worden, dürften im Zweifel nicht über den geſetzlich beſtimmten Zeitraum von dreyßig Jahren ausgedehnt werden [99]). Denn man müſſe immer vermuthen, daß die Paciſcenten ſich an die Geſetze hätten binden wollen [100]). Allein dieſe Meinung iſt eben ſo ungegründet, als die erſtere. Es iſt vielmehr eine Regel, welche die Geſetze bey der Erklärung der Contracte beſtätiget haben, daß die Worte der Contrahenten, immer ihrer Intention gemäß, in derjenigen Bedeutung genommen werden müſſen, welche ihnen der allgemeine Sprachgebrauch beylegt [1]). Denn daß ſich die Contrahenten vielmehr nach dem gemeinen teutſchen, als nach dem ihnen vielleicht ganz unbekannt geweſenen römiſchen Sprachgebrauche werden gerichtet haben, iſt wohl nach der Vernunft und nach rechtlicher Vermuthung anzunehmen. Nun aber bedeuten jene allgemein abgefaßten Zeitausdrücke nach dem in gemeinem Leben angenommenen, und allgemein bekannten Redegebrauche einen ſeinem Anfange und Ablaufe nach uneingeſchränkten Aus-

 übungs-

99) Arg. *L. 7. §. 16. L. 28. D. de pact. L. 55. L. 112. §. 4. D. de Legat. 1.*

100) *L. 54. §. 1. D. Locati.*

1) *L. 34. D. de div. reg. iur.* GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviſſ. Tom. II. §. 945. nr. I.

übungszeitraum, mit welchem ſich die rechtliche Idee einer Verjährung, als welche ihrem Weſen nach einen terminus a quo und ad quem erfordert, ſchlechterdings nicht vereinigen läßt. Sollen nun alſo jene Ausdrücke nicht ohne Bedeutung ſeyn, und als ganz überflüßig erſcheinen, ſo müſſen ſie von Seiten der Contrahenten nothwendig eine ſtillſchweigende Entſagung des ſonſt nach den Geſetzen eintretenden Verjährungsvortheils, nach der muthmaßlichen Abſicht derſelben, zur begleitenden Folge haben, welche nach der Regel: *taciti eadem, quae expreſſi in conventionibus vis eſt*, mit einer ausdrücklichen Verjährungsentſagung um ſo mehr von gleicher Wirkung ſeyn muß, je weniger die Geſetze zur Ausſchließung der Verjährung eine ausdrückliche Entſagung erfordern [2]).

2) Hat hingegen der Verkäufer die Ausübung des ſich ausbedungenen Wiederkaufsrechts nicht gerade durch Beyfügung jener allgemeinen Zeitausdrücke von ſeiner Willkühr abhängig gemacht, ſo iſt ſein Recht der dreyßigjährigen Verjährung unterworfen, wenn keine Zeitbeſtimmung hinzugefügt worden iſt. Denn der Verkäufer muß ſein Recht mittelſt der actio venditi verfolgen, und dieſe wird in dreyßig Jahren präſcribirt. Hier iſt nun aber der Anfang der Verjährung noch näher zu beſtimmen. Da dieſer mit der Entſtehungszeit der zu verjährenden Klage coincidirt, nach der bekannten Rechtsregel: actioni nondum natae non currit praeſcriptio; ſo entſteht die Frage, welche Vorausſetzung erfordert werde, um ſagen zu können,

2) Man ſehe hier vorzüglich Semmlers oben angeführte Abhandl. in dem neuen Leipziger Magazin auf das Jahr 1786. S. 236. ff.

nen, daß actio nata ſey? Hier iſt nun a) ſoviel auſſer Zweifel, daß von einer Klage auf Erfüllung des geſchloſſenen Wiederkaufsvertrags wohl nicht eher die Rede ſeyn könne, als wenn der Hauptkaufcontract, dem dieſer Vertrag angehängt worden, durch die Uebergabe ſchon vollzogen worden iſt. Denn eher iſt ſchuldige Erfüllung einer Wiederverkaufsverbindlichkeit gar nicht denkbar. Es läßt ſich daher ſchlechterdings nicht rechtfertigen, wenn **Toullieu** [3]) ſagt: naſcitur ſtatim a perfecto contractu; und wenn **Mencken** [4]) auf gleiche Art lehrt, Terminus *a quo* a tempore *initi pacti* computatur. Eben ſo wenig kann ich aber auch denen beypflichten, welche den Anfang der Verjährung erſt von der Zeit an rechnen, da der Käufer dem Verkäufer die Sache gegen den angebotenen Preis zurückzugeben ſich weigerte. Man geht hier von einem Grundſatz aus, den zwar mehrere [5]) behaupten wollen, nämlich daß Verbindlichkeiten, welche unaufgefordert nicht geleiſtet werden dürfen, zuerſt von dem Berechtigten vergeblich gefordert worden ſeyn müßten, ehe die Verjährung anfangen könne; welchen ich aber für ganz ungegründet halte. Die actio iſt vielmehr nata, ſobald die Erfüllung der Verbindlichkeit gefordert werden kann,

3) Collectan. iuris civ. Diſſ. III. §. 85. pag. 158.

4) Introd. in doctr. de action. pag. 225. §. 38.

5) **Thibaut** über Beſitz u. Verjährung 2. Th. §. 43. **Pfeiffer** vermiſchte Aufſätze über Gegenſtände des teutſchen und römiſchen Privatrechts (Marburg 1803.) S. 305. und *Chriſt. Ern.* WEISS Diſſ. de interitu iurium per non uſum. iuncta quaeſtione de genuina praeſcriptionis acquiſitione et extinctivae indole (*Lipſiae 1810.*) Cap. I. §. 8.

kann, (ſi dies ceſſit et venit)[6]; und von dieſem Augenblick an nimmt auch die extinctive Verjährung ihren Anfang. Dieß iſt, wie ich glaube, in den Worten der *L.* 3. *Cod. de praeſcript. XXX vel XL. annor* Quae ergo antea non motae ſunt actiones, triginta annorum iugi ſilentio, *ex quo iure competere coeperunt*, vivendi ulterius non habeant facultatem, und der *L.* 1. §. 1. *Cod. de annali except.* Sed ex quo *ab initio* competit, *et ſemel nata eſt*, poſt memoratum tempus finiri, deutlich genug ausgeſprochen, und vom Herrn Prof. Weber[7]) überzeugend dargethan worden. Man gehe das ganze Corpus iuris Romani durch, man vergleiche alle Geſetzſtellen, welche von der Verjährung der einzelnen Klagen handeln; und man wird auch nicht eine einzige finden, welche den Satz begünſtigte, daß die Verjährung erſt von der Zeit an ihren Lauf beginne, da der Verpflichtete ſich weigerte, das Recht des Klägers gelten zu laſſen. Sie nehmen vielmehr durchgehends zum Anfang der extinctiven Verjährung den Zeitpunct an, da ein Recht zu klagen vorhanden iſt. Iſt nun die Verbindlichkeit des Beklagten von der Art, daß dieſelbe eine poſitive Handlung in ſich faßt, deren Leiſtung dergeſtalt von der Willkühr des Berechtigten abhängt, daß dieſer, ehe ſie geſchehen kann, vorher ſeinen Willen erklären muß, von welcher Art die Rückverkaufsverbindlichkeit des Käufers iſt; ſo verjährt das Klagerecht, wenn ſich der Berechtigte ſeines Rechts nicht

6) *L.* 213. *D. de Verbor. Signif.*

7) Zu Höpfners Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen §. 1182. Not. 3. Man ſehe auch Rupprecht Lehre von der Verjährung (Würzburg 1805.) §. 43.

nicht in der vorgeſchriebenen Zeit bediente, ohne daß eine Aufforderung an den Verpflichteten vorauszugehen brauchte, von dem Tage an, da er ſein Recht ausüben konnte. Dieß konnte aber der Verkäufer in dem Falle, da zur Ausübung der Rückkaufsbefugniß keine Zeit beſtimmt worden, von dem Tage des durch die Uebergabe vollzogenen Kaufs an, mit jedem Augenblick ausüben. Es war mithin auch, wenn allenfalls der Käufer den Rückverkauf verweigern ſollte, die actio venditi begründet. Der Käufer wird ſich alſo mit Recht auf die Verjährung berufen können, wenn der Verkäufer binnen der geſetzlichen Verjährungszeit von 30. Jahren keinen Gebrauch von ſeiner Befugniß gemacht hat. Zwar meint Hellfeld, daß nach dem Canoniſchen Rechte, welches auch zur extinctiven Verjährung der perſönlichen Klagen die bona fides erfordere, der Käufer ſich mit der Einrede der Verjährung nicht werde ſchützen können, weil ihm der Verkäufer die Replik entgegenſetzen könne, daß der Käufer, der ſeine Verbindlichkeit zum Rückverkauf gekannt habe, in mala fide geweſen ſey. Allein das Canoniſche Recht kann hier keine Anwendung finden. Denn moraliſch unrechtlich handelt nur derjenige, der eine gültig übernommene Verbindlichkeit, aus dem Seinigen etwas zu leiſten, wiſſentlich unerfüllt läßt [8]). Nun kann hier der Käufer keiner unredlichen Entziehung ſeiner Verbindlichkeit beſchuldiget werden. Denn kein Geſetz forderte ihn auf, ſeine Verbindlichkeit unverlangt zu erfüllen; er mußte vielmehr erſt erwarten, ob der Verkäufer von ſeinem Rechte

8) S. Pfeiffers angef. vermiſchte Aufſätze S. 359. und WEISS in der angef. Diſſertation Cap. II. §. 23. S. 70. ff.

Rechte Gebrauch machen, und ihn als verpflichtet anſprechen werde. Da alſo dem Käufer hier keine Unredlichkeit zur Laſt fällt; ſo läßt ſich auch ſelbſt nach dem Canoniſchen Recht der unbedingte Verluſt des Klagrechts, den nach dem Civilrecht ein dreyßigjähriges Stillſchweigen des Verkäufers zur unausbleiblichen Folge hat, vollkommen rechtfertigen [9]).

II. Iſt in dem Vertrage ein gewißer Wiederkaufszeitpunct verabredet worden, ſo ſind wieder zwey Fälle zu unterſcheiden. a) Es iſt dieſer Zeitpunct als ein terminus a quo beſtimmt worden, nach deſſen Eintritt erſt das Wiederkaufsrecht ſoll ausgeübt werden können. Z. B. der Verkäufer behält ſich vor, daß wenn er nach 10. Jahren Luſt haben ſollte, das verkaufte Grundſtück wieder an ſich zu bringen, der Käufer ihm ſolches wieder zu verkaufen, verpflichtet ſeyn ſolle [10]). Hier iſt die bedungene Wiederkaufsbefugniß, ſo lange dieſer Zeitpunct noch nicht eingetreten iſt, ein ihrer Wirkung nach ruhendes Recht, und kann vor Ablauf deſſelben nicht ausgeübt werden [11]). Erſt mit dem Ablaufe des letzten Tages dieſes

9) S. Weber zu Höpfners Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen §. 1182. Not. 2. und Rupprecht Lehre von der Verjährung §. 72. Anmerk. S. 31. ff. Man vergleiche auch Ge. Lud. Böhmers auserleſene Rechtsfälle 1. B. 2. Abth. Reſp. 68. nr. 10. S. 534.

10) Eben dahin rechnet man auch die Worte: auf 10. Jahre lang wiederkäuflich. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XXIII. Th. 42.

11) *L. 44. §. 1. D. de obligat. et act. Ex die* incipit obligatio, cuius natura haec eſt, ut *ante diem* non exigatur.

ſes Zeitpuncts erwacht dieſelbe, und kann von da an dreyßig Jahre lang ausgeübt werden, ehe ſie durch Verjährung erliſcht, wofern nicht etwa verabredet worden, daß ſie dem Verkäufer nun und zu ewigen Zeiten zuſtehen ſolle [12]). b) Der Wiederkaufszeitpunct iſt als ein terminus ad quem beſtimmt, z. B. binnen zehen Jahren. Die rechtliche Wirkung dieſer Zeitbeſtimmung beſteht darin, daß der Verkäufer die ihm zugeſtandene Wiederkaufsbefugniß nothwendig vor Ablauf des beſtimmten Zeitpuncts gegen den Käufer geltend machen muß, weil ſie mit dem Ablauf deſſelben erliſcht [13]). Der Käufer erhält alſo nunmehr ein immerwährendes und unwiederrufliches Recht an der ihm Anfangs nur wiederkäuflich überlaſſenen Sache, vermöge deſſen er jetzt zu keiner weiteren Abtretung der Sache verbunden iſt. Hat ſich jedoch der Verkäufer ſeines Wiederkaufsrechts binnen der vertragsmäßig beſtimmten Zeit durch Anbietung des Preiſes bedient, der Käufer aber

12) *L. 1. §. 1. Cod. de annali exceptione.* STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 49. MENCKEN Doctr. de act. forenſ. pag. 226. §. 38 lit. b. und Semler Abh. über die Verjährung des aus dem Wiederkaufsvertrage entſpringenden Wiedereinlöſungsrechts §. 6. (in dem neuen Leipz. Magazin für Rechtsgelehrte auf das Jahr 1786. S. 256. ff.) Es iſt übrigens eine irrige Meinung, wenn einige behaupten, daß der Verkäufer ſich ſeines Wiederkaufsrechts gleich nach dem eingetretenen Termin bedienen müſſe, weil ſonſt der einmal abgelaufene Eintrittszeitpunct wieder von neuem zu laufen anfange, welche ſchon LEYSER in Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCI. medit. 8. wiederlegt hat.

13) Arg. *L. 27. §. 1. D. de pactis.* STRYK c. l. §. 48. und Semmler angef. Abhandlung §. 7. in dem Leipz. Magazine S. 259. ff.

aber ſich geweigert, die Sache dem Verkäufer wieder käuflich abzutreten, ſo kann nach dem Römiſchen Recht der Verkäufer nun binnen 30. Jahren ſein Recht mit der actio venditi gegen den Käufer geltend machen [14]). Allein da der Verpflichtete durch die Aufforderung zur Erfüllung ſeiner Verbindlichkeit unſtreitig in malam fidem verſetzt wird [15]); ſo kann dem Käufer nach dem Canoniſchen Rechte gar keine Verjährung weiter zu ſtatten kommen.

§. 999.

Wiederkaufspreis.

Der Wiederkauf muß, wie jeder Kauf, für einen beſtimmten Preis geſchehen [16]). Dieſer iſt nun entweder ſchon in dem Vertrage feſtgeſetzt, oder nicht. In dem erſten Falle bleibt es dabey, wofern nur, wie **Hellfeld** bemerkt, kein unerlaubter Zinswucher darunter verborgen liegt [17]). Auſſerdem kann der einmal beſtimmte Preis weder erhöhet noch vermindert werden, wenn auch gleich der Werth der verkauften Sache unterdeſſen geſtiegen, oder gefallen ſeyn ſollte [18]), wofern nur die Deterioration nicht durch die Schuld

14) S. MENCKEN in doctr. cit. pag. 226. lit. a. und MADIHN ad *Eundem* not. 648.

15) *Mala* enim *fides*, ſagt *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iuris canon. §. 635. deſcendit ex ſcientia debiti, quod *monitus* alteri non praeſtat. Man ſehe auch **von Bülow** und **Hagemanns** pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit. 4. Band Erört. 38.

16) S. *Gottl.* WERNSDORF Progr. I. et II. de pretio retrovenditionis. *Vitemb.* 1795.

17) *Cap.* 5. *X. h. t.* *Cap.* 4. *X. de pignor.* Reichs-Policey-Ordn. vom J. 1548. Tit. 17. §. 1. u. 7.

18) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCI. medit. 10.

Schuld des Käufers entſtanden iſt. Denn wenn gleich der Käufer in der Zwiſchenzeit ſeines Beſitzes wahrer Eigenthümer iſt, und ein Eigenthümer über ſeine Sache nach Gefallen diſponiren kann; ſo iſt er dennoch den mit Vorſatz oder durch ſeine verantwortliche Schuld verurſachten Schaden darum zu vergüten ſchuldig, weil er nur ein wiederrufliches Eigenthum hat, und daher als ein debitor ſpeciei zu betrachten iſt. Der Grad der zu vertretenden Culpa iſt übrigens der nämliche, welcher beym Kaufcontract überhaupt zu präſtiren iſt[19]). Iſt der Werth der Sache durch zufällige Deterioration vermindert worden, ſo behaupten zwar viele[20]), daß auch hier nicht der ganze Preis wieder zu bezahlen ſey, ſondern nur derjenige Theil deſſelben, den die Sache jetzt noch nach erlittener Deterioration werth iſt, weil der Käufer, als interimiſtiſcher Eigenthümer, auch den Zufall tragen müſſe. Allein iſt der Preis, für welchen die Sache zurückverkauft werden ſoll, einmal beſtimmt, ſo hat der Käufer keine andere Verbindlichkeit übernommen, als die, daß er die Sache für den beſtimmten Preis dem Verkäufer zurückgebe. Will der Verkäufer dieſen Preis nicht bezahlen, ſo ſteht ihm die exceptio non adimpleti contractus entgegen, und der Käufer iſt nicht verbunden, ihm die Sache anders zurückzugeben, als wenn er den beſtimmten Preis bezahlt[21]). Man kann auch

19) S. *Dan.* NETTELBLADT Diſſ. de expenſarum et pretii reſtitutione in retrovenditione. *Halae* 1776. Cap. IV. §. 48.

20) *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. P. II. §. 185. NETTELBLADT cit. Diſſ. §. 47.

21) MÜLLER Obſervat. pract. ad *Leyſerum* Tom. II. Faſc. II. Obſ. 394. pag. 20. not. a.

auch ſagen, daß der Verkäufer wegen dieſer ſchon zum voraus geſchehenen Schätzung, zugleich ſtillſchweigend die Gefahr, daß die Sache den ihr jetzt beygelegten Werth in der Folge verlieren könne, übernommen habe [22]). Iſt hingegen der Wiederkaufspreis nicht ſchon zum voraus im Vertrage beſtimmt worden, ſo nimmt man zwar gewöhnlich an, der Wiederkäufer ſey im Zweifel nur zur Reſtitution des empfangenen Preiſes verpflichtet [23]). Allein da der Wiederkauf ein neuer Kauf iſt [24]), ſo iſt der Wiederkäufer vielmehr denjenigen Preis zu bezahlen ſchuldig, den die Sache gegenwärtig zur Zeit des wirklich vorzunehmenden Wiederkaufs hat, und dieſer iſt von verpflichteten Taxatoren zu beſtimmen, wenn ſich die Partheyen ſelbſt darüber nicht vereinigen können [25]). Da hier

22) Arg. *L. 5. §. 3. D. Commodati.* Man ſehe *Otto Dav. Henr.* BECMANN Diſſ. de feudo emto ſub pacto de retrovendendo Cap. I. §. 8 in nota.

23) VOET Comm. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. III. §. 7. PUFENDORF Obſervat. iuris univ. Tom. II. Obſ. 75. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 40. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 542. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1961. GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviſſ. Tom. II. §. 1066. nr. IV. Thibaut Syſtem des Pand. Rechts 2. B. §. 957.

24) S. BECMANN cit. Diſſ. Cap. I. §. 15.

25) *Ant.* PEREZ Praelect. in Cod. Lib. IV. Tit. 54. nr. 17. BERLICH Concluſ. pract. P. II. Concl. 2. nr. 39. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCI. medit. 9. HOMMEL Rhapſod. Quaeſtion. for. Vol. II. Obſ. 326. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. IV. Subſect. 2. §. 32. p. 621. NETTELBLADT cit. Diſſ. §. 42. et 43. SCHAUMBURG

hier die Sache nach ihrem gegenwärtigen Werth taxirt wird, den ſie zur Zeit des Wiederkaufs hat, ſo werden bey der Taxation auch zugleich die Verwendungen in Anſchlag gebracht, die in der Zwiſchenzeit von dem Käufer gemacht worden ſind, und wodurch die Sache verbeſſert worden iſt. Es kann alſo hier über dieſe Verwendungen keine Schwierigkeit entſtehen. Wenn hingegen der Wiederkauf für einen gleich anfangs beſtimmten Preis, oder gegen Zurückgabe des empfangenen Preiſes geſchieht, ſo iſt wegen der auf die Sache verwandten Unkoſten ein Unterſchied zu machen, a) ob ſie durch die Schuld des Käufers veranlaßt worden ſind. Hier kann der Käufer deren wegen keine Vergütung fordern [26]. Sind hingegen b) ohne eigenes Verſchulden des Käufers Koſten zur Erhaltung oder Verbeſſerung der Sache verwendet worden, ſo müſſen dieſe, ſo weit ſie noch vorhanden ſind, dem Käufer vergütet werden [27]. Eben dieſes gilt auch von denjenigen Ko-

burg Compend. iuris Dig. h. t. §. 21. madihn Princip. iur. Rom. P. II. §. 185. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 495. Grieſinger Commentar über das Wirtemb. Landrecht 1. Band §. 172. S. 609. f. Not. z. und müller Obſervat. pract. ad *Leyſerum* Tom. II. Faſc. II. Obſ. 393.

26) günther Princip. iur. Rom. priv. nov. Tom. II. §. 1066. nr. VI.

27) *Frid.* balemann Diſſ. de iure meliorationum competente emtori ex pacto revendenti. *Argent.* 1674. stryk Uſ. mod. Pand. h. t. §. 64. Thibaut Syſt. des P. R. 2. B. §. 957. Zwar läugnet leyser Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCI. medit. 13. daß impenſae neceſſariae vergütet werden dürften; allein man ſehe *Mich. God.* wernher Lectiſſ. Commentat. in Pand. P. I. h. t. §. 34. pag. 650. ſqq. Beſtehen freylich die impen-

Koſten, welche zur Wiederherſtellung eines durch zufällig entſtandene Feuersbrunſt zerſtörten Gebäudes verurſacht worden ſind. Denn der Käufer war nicht ſchuldig, dieſe Koſten aufzuwenden, ſondern der Verkäufer hätte ſich's müſſen gefallen laſſen, wenn ihm der Käufer die Sache in dem Zuſtande, in welchem ſie durch den entſtandenen Zufall gerathen iſt, zurückgegeben hätte [28]). Er war, als debitor ſpeciei, durch den zufälligen Untergang der Sache von ſeiner Verbindlichkeit befreit. Er hat daher durch die Wiederherſtellung des Gebäudes auf ſeine Koſten unſtreitig die Sache meliorirt [29]). Zwar darf der Preis, der einmal in dem Wiederkaufsvertrage beſtimmt iſt, gegen den Willen des Wiederkäufers nicht erhöhet werden; allein es iſt auch die Vergütung der Meliorationskoſten für keine Erhöhung des Kaufpreiſes zu halten, noch zu behaupten, daß die Contrahenten durch die Beſtimmung des Rückkaufspreiſes die Meinung erklärt hätten, daß auſſerdem nichts

impenſae neceſſariae in bloßen Reallaſten, die auf der Sache haften, ſo muß dieſe der Käufer tragen, und kann dieſer wegen keinen Erſatz fordern. Denn dieſe muß jeder Käufer von der Zeit an übernehmen, da ihm die Früchte der Sache gehören. Nam onera ſequuntur eum, penes quem ſunt commoda. *L. 10. D. de div. reg. iur.* S. NETTELBLADT cit. Diſſ. §. 29. et 30. und MÜLLER Obſervat. pract. ad *Leyſerum* T. II. Faſc. II. Obſ. 394. pag. 17. Allein anders verhält ſich's mit denjenigen Koſten, wodurch die Sache von der Gefahr eines ihr bevorgeſtandenen nahen Untergangs befreiet worden iſt.

28) S. BECMANN cit. Diſſ. Cap. I. §. 8.

29) *Frid.* BEHMERI nov. ius controv. Tom. II. Obſ. 134. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXCI. medit. 15.

nichts bezahlt werden ſollte [30]). Nettelbladt [31]) iſt zwar der Meinung, daß der Wiederkäufer zur Erſtattung der Koſten nicht verbunden ſey, welche der Käufer auf die Wiederherſtellung einer durch Brand oder Krieg zerſtörten Sache verwendet hat, ſondern der Käufer dieſe Koſten darum tragen müſſe, weil dieſer ſonſt gegen die Regel: caſum ſentit dominus, gar keinen Schaden leiden würde. Allein dieſem Einwurfe iſt ſchon oben begegnet worden. Wäre freylich das unter dem Wiederkaufsvertrage veräuſſerte Haus durch den Zufall ganz von Grund aus zerſtört worden, und der Käufer hätte das Haus von neuem wieder aufgebauet; ſo würde von einer Vergütung der Meliorationskoſten keine Frage mehr ſeyn können, weil dann der Gegenſtand, welcher ſub pacto de retrovendendo verkauft worden iſt, nicht mehr exiſtirt, das Recht des Verkäufers aber, als ein bloſes perſönliches Recht, ſich ſoweit nicht erſtreckt, um das von dem Käufer erbauete neue Haus in Anſpruch nehmen zu können [32]). Der Käufer muß übrigens die Sache mit allem Zubehör herausgeben. Es gehören alſo auch eigentlich die noch zu der Zeit hangenden Früchte dem Wiederkäufer. Denn ſie machen einen Theil des Grundſtücks aus, und der Käufer erhielt ſie auch bey dem erſten Kaufe. Es muß alſo auch bey dem Rückkaufe das Nämliche Rechtens ſeyn [33]).

Man

30) S. NETTELBLADT cit. Diſſ. §. 46.

31) Cit. Diſſ. §. 32.

32) S. MÜLLER Obſervat. pract. ad *Leyſeram* Tom. II. Faſc. II. Obſ. 394. pag. 17. ſqq.

33) *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 43. GÜNTHER Princip. iur. Rom. priv. noviſſ. Tom. II. §. 1066. nr. V.

Man pflegt ſie jedoch, wiewohl nach einer unrichtigen Anwendung der *L.* 7. §. 1. *D. Soluto matrim.* heut zu Tage zwiſchen dem Käufer und dem Wiederkäufer zu theilen [34]).

§. 1000.

Reuvertrag. Vorbehalt des Eigenthums oder einer Hypothek.

Zum Vortheil beyder Contrahenten kann dem Kaufcontract III. auch der Reuvertrag, *pactum displicentiae*, angehängt werden. Es wird darunter derjenige Nebenvertrag verſtanden, wodurch ſich einer der Contrahenten die Freyheit vorbehält, von dem Kaufe wieder abgehen zu dürfen, wenn ihn der Handel gereuen ſollte. Dieſer Vertrag kann alſo I. ſowohl zum Beſten des Käufers, als Verkäufers geſchloſſen werden. II. Er hat die Wirkung einer reſolutiven Bedingung. Wird er geltend gemacht, ſo giebt ein Jeder dem Andern das Seinige zurück, als ob gar kein Kauf geſchloſſen worden wäre. Si res ita diſtracta ſit, ſagt *L.* 3. *D. h. t.* ut ſi displicuiſſet, inemta ſit, conſtat, non eſſe ſub conditione diſtractam, *ſed reſolvi emtionem ſub conditione.* Man unterſcheide alſo davon denjenigen Vertrag, wodurch verabredet wird, daß der Kauf nur dann erſt für vollkommen abgeſchloſſen gehalten werden ſolle, wenn ſich der Käufer binnen einer beſtimmten Zeit erklären würde, daß er mit dem Handel zufrieden ſey. Hiervon redet §. 4. *I. h. t.* wo es heißt: Emtio tam ſub conditione, quam

34) BERLICH Concluſ. pract. P. II. Concl. 2. nr. 69. CARPZOV Iurisprud. for. P. II. Conſt. 1. Def. 20. nr. 5. BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 8. not. 3. und Thibaut Syſt. des Pand. R. 2. B. §. 957.

quam pure contrahi poteſt. Sub conditione, veluti: *Si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emtus aureis tot.* Der Kauf wird hier unter einer ſuſpenſiven Bedingung geſchloſſen, welche es dem Käufer zur Pflicht macht, ſich binnen der beſtimmten Zeit über den Handel zu erklären. Vor Ablauf dieſer Zeit iſt zwar der Verkäufer ſeiner Seits an den Handel gebunden. Erklärt ſich jedoch der Käufer binnen der beſtimmten Zeit nicht, ſo iſt nach Ablauf derſelben keiner von beyden Theilen weiter verpflichtet oder berechtiget [35]). Bey dem angehängten Reuvertrage hingegen iſt der Kauf ſogleich vollkommen gültig. Denn er iſt vor der Reue ein unbedingter Handel. Er wird aber reſolvirt, wenn derjenige Contrahent, der ſich das Reurecht vorbehalten hat, ſeine Geſinnung ändert [36]). III. Iſt eine gewiſſe Zeit beſtimmt, ſo muß das Reurecht binnen derſelben ausgeübt werden, und findet nach Ablauf derſelben nicht mehr Statt. Iſt aber keine Zeit beſtimmt, ſo muß es binnen der geſetzlichen Friſt von 60 Tagen oder zwey Monaten ausgeübt werden, welche utiliter gerechnet wird; jedoch kann auch verabredet werden, daß es zu ewigen Zeiten demjenigen zuſtehen ſolle, der ſich daſſelbe vorbehalten hat. Ulpian ſagt *L.* 31. §. 22. *D. de aedilit. edicto.* Si quid ita venierit, *ut niſi placuerit, intra praefinitum tempus redhibeatur*, ea conventio rata habetur: ſi autem de tempore nihil convenerit, in factum actio *inter*

35) S. VINNIUS Comm. ad §. 4. I. h. t. nr. I. *Ian. a* COSTA et MARCILIUS ad eund. §. Inſtitut. Weſtphal vom Kaufe §. 639.

36) Weſtphal vom Kaufe §. 685.

tra ſexaginta dies utiles accommodatur emtori ad redhibendum, ultra non: ſi vero convenerit, ut *in perpetuum* redhibitio fiat, puto, hanc conventionem valere. IV. Die Zurückgabe des Seinigen kann dieſem Vertrage zu Folge jeder Theil a) mit der aus dem Contract entſpringenden Klage, alſo mit der *actio emti* oder *venditi* fordern, je nachdem der Vertrag entweder zum Beſten des Käufers oder des Verkäufers iſt beygefügt worden. Es findet aber auch b) die *actio in factum praeſcriptis verbis* [37]) Statt, wie aus folgender Geſetzſtelle erhellet. *L. 6.*

37) Der Grund, warum auch dieſe Klage gegeben wird, da ſonſt die *actio praeſcriptis verbis* nur da Statt findet, wo eine andere ordentliche Klage mangelt (*L. 1. pr. L. 2. L. 21. D. de praeſcript. verbis*), iſt folgender. Es war ehemals ein Streit unter den Sabinianern und Proculianern über die Frage, ob mit der actio ex contractu auch auf die Aufhebung des Contracts geklagt werden könne, wenn demſelben ein Reſolutiv-Vertrag wäre angehängt worden. Die Sabinianer waren der bejahenden Meinung, weil auch ein ſolcher Vertrag, wenn er nur einem bonae fidei Contracte ſogleich bey deſſen Abſchlieſſung wäre beygefügt worden, in dem Contract begriffen, und als ein Theil deſſelben anzuſehen ſey, wie aus *L. 6. §. 1. D. h. t.* und *L. 6. D. de reſcind. vendit.* erhellet. Julian, der auch zur Secte der Sabinianer gehörte, ſtellt daher *L. 11. §. 6. D. de act. emti et venditi* die Regel auf: utilem eſſe actionem ex emto etiam ad diſtrahendam emtionem. Die Proculianer hingegen waren der entgegengeſetzten Meinung, weil die Klage aus dem Contract zur Feſthaltung deſſelben, nicht aber zur Vernichtung des Contracts eingeführt ſey. Sie hielten daher die actio in factum praeſcriptis verbis für ſchicklicher. S. *L. 12. D. de praeſcript. verb.* welche aus des Proculus *lib. XI. Epiſtolarum* genommen iſt. Dieſe letztere Meinung ſcheint in der Praxis den Vor-

zug

L. 6. D. de reſcind. vendit. Si convenit, *ut res, quae venit, ſi intra certum tempus diſplicuiſſet, redderetur*, ex emto actio eſt, ut SABINUS putat, aut proxima emti in factum datur. Iſt der Vertrag zum Beſten des Käufers angehängt worden, ſo kann ſich derſelbe c) auch der Redhibitoriſchen Klage bedienen, weil die Aedilen dieſen Vertrag unter andern mit zu einem Gegenſtand ihres Edicts gemacht hatten [38]). Alle dieſe Klagen ſind zwar, wenn in dem Reuvertrage über die Zeit der Ausübungsbefugniß nichts beſtimmt worden, in die kurze Dauer einer zweymonatlichen oder ſechzigtägigen Friſt,

P 2 be-

zug erhalten zu haben, bis endlich durch ein Reſcript der Kaiſer Septimius Severus und Antoninus Caracalla *L. 4. pr. D. de lege commiſſor.* auch die Meinung der Sabinianer beſtätiget wurde; ſo daß nun die eine Klage ſo gut, wie die andere gebraucht werden kann. *L. 2. Cod. de pactis inter emtor. et venditor. compoſit.* Man vergleiche *Em.* MERILLIUS Obſervation. Lib. III. cap. 8. et Variant. ex Cujacio Lib. II. cap. 6. *Ian. a* COSTA Commentar. in Decretal. Gregorii IX. Lib. III. Tit. 21. pag. 516. *Ioſ. Fernand. de* RETES Opuſculor. Lib. II. Sect. IV. cap. 3. nr. 9—12. (in *Ger.* MEERMAN *Theſ. iur. civ. et canon.* Tom. VI. pag. 163.) *Ger.* NOODT de pactis et transact. cap. XI. (*Oper.* Tom. I. p. 510. §. *Sed liquet.*) *Gottfr.* MASCOV Diatr. de Sectis Sabinian. et Proculianor. Cap. IX. § XI. pag. 190. und *Io. Guil. van* MUSSCHENBROEK Specim. de lege commiſſoria in pignore. Cap. I. (in *Ger.* OELRICHS *Theſ. nov. Diſſertat. iurid. Belgicar.* Vol. I. T. II. pag. 642. ſqq.)

38) S. *Guil.* RANCHINI Edictum perpetuum reſtitutum Lib. XXI. Tit. I. §. 12 (in *Theſ. Meerman.* Tom. III. pag. 249.) und *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. Lib. XXI. Tit. I. §. *Tertia cauſa.* pag. 456. in fin. et ſq.

beſchränkt [39]), jedoch ſoll die Klage zuweilen auch noch nach Ablauf dieſer Friſt Gehör finden, wenn der Kläger eine gerechte Urſache erweiſen kann, welche ihn hinderte, ſein Reurecht binnen der geſetzlichen Friſt auszuüben [40]). Auſſer der bereits oben angeführten *L.* 31. §. 22. *D. de aedilit.*

39) Mehrere Rechtsgelehrten ſind zwar der Meinung, daß in dem Falle, da keine Zeit in dem Reuvertrage beſtimmt worden, actione ex contractu 30. Jahre lang geklagt werden könne. STRUV Synt. iur. civ. T. II. Exercit XXVII. Th. 12. STRYK de actionib. forenſ. Sect. I. Membr. VI. §. 16. et 19. *de* COCCEJI iur. civ. contr. T. II. Lib. XXI. Tit. 1. Qu. 6. Weſtphal vom Kauf §. 688. Allein ſchon WERNHER ſelectar. Obſervat. for. Tom. II. P. VIII. Obſ. 475. hat dieſe Meinung widerlegt. Daß die Dauer der actio emti vel venditi ſich nicht weiter, als die der actio redhibitoria erſtrecke, wenn über die Zeit der Ausübung des Reurechts in dem Vertrage nichts beſtimmt worden, behaupten auch BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 8. Th. 7. not. 7. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 26. BOEHMER ius Dig. Lib. XXI. Tit. I. §. 7. in fin. Beyträge zur juriſt. Litteratur in den Preuß. Staaten. 7. Samml. S. 58 f. u. Thibaut über Beſitz und Verjährung 2. Th. §. 50. In der That wäre ja die ganze Verordnung der Aedilen vergeblich geweſen, wenn nach Ablauf der von ihnen beſtimmten Reufriſt noch immer die actio ex contractu Statt haben ſollte, wie auch NOODT a. a. O. bemerkt hat.

40) *L. 31. §. 22. in fin. et §. 23. D. de aedilit. edicto.* Item ſi tempus ſexaginta dierum praefinitum redhibitioni praeteriit, cauſa cognita iudicium dabitur. In cauſae cognitione autem hoc verſabitur, ſi aut mora fuit per venditorem, aut non fuit praeſens, cui redderetur, aut aliqua iuſta cauſa interceſſit, cur intra diem redhibitum mancipium non eſt, quod ei magis diſplicuerat.

aedilit. edicto, gehört noch hieher *L. 4. Cod. de aedilit. act.* wo die Kaiſer Diocletian und Maximian auf folgende Art reſcribiren: Si praedium quis ſub ea lege comparavit, *ut, ſi diſplicuerit, inemtum ſit*, id, utpote ſub conditione venditum, reſolvi, et *redhibitoriam actionem* adverſus venditorem competere, palam eſt. Da hier der Kauf für nicht geſchloſſen gehalten wird, wenn der Contrahent ſich ſeines Reurechts bedient, ſo fällt das Eigenthum ſofort, und ohne Tradition wieder an den Verkäufer zurück. Iſt daher zu ſeinem Beſten der Vertrag beygefügt worden; ſo kommt ihm ſogar d) die actio in rem, oder Reivindication gegen jeden dritten Beſitzer zu Statten [41]. V. Der Reuvertrag iſt übrigens ein ſubjectivperſönlicher Vertrag, welcher nicht auf die Erben übergeht [42]). Ein ſehr gewöhnlicher Nebenvertrag beym Kaufcontrakt iſt ferner VI. der Vorbehalt des Eigenthums, *pactum reſervati dominii* [43]). Er wird zu

41) *L. 41. D. de rei vind. L. 1. L. 4. Cod. de pact. int. emt. et vend. compoſit.* MUSSCHENBROEK c. l. pag. 645. und *Io. Gottfr.* BAUER Progr. de vindicatione rei venditae et traditae. *Lipſiae 1759.* (in *Opuſcul.* T. I. Nr. 23. pag. 272.)

42) VOET Comm. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. 1. §. 26.

43) *Io. Bernh.* FRIESE Diſſ. de pacto dominium in emtione venditione usque ad pretii ſolutionem reſervantě. *Ienae 1706. Io. Nic.* HERTII Diſſ. de reſervatione dominii vel hypothecae in re vendita; in EIUS *Commentat. et Opuſcul.* Vol. II. T. III. pag. 155. ſqq. *Io. Frid.* WAHL Diſſ. de validitate et effectu reſervationis dominii et hypothecae in ſecuritatem reſidui pretii in rebus praecipue immobilibus venditis. *Goettingae 1753. A. F.* GOESSEL Diſqu. de vi reſervati dominii et hypothecae in *re* vendita, moto concurſu creditorum ſeſe inprimis exſerente. *Cellae 1793.*

zu Gunſten des Verkäufers in dem Falle angehängt, da er den Kaufpreis creditirt, und kann auf verſchiedene Art verabredet werden, nämlich entweder a) auf eine ſolche Art, daß das Eigenthum der Sache, welches ſonſt auf den Käufer übergehen würde[44]), bis dahin, da der Käufer das Kaufgeld bezahlt haben wird, bey dem Verkäufer verbleiben ſolle; welches denn auch ſtillſchweigend dadurch geſchiehet, wenn verabredet wird, daß dem Käufer, bis zur Berichtigung des Kaufpreiſes, nur der Genuß der Sache als ein Prekarium[45]), oder pachtweiſe zuſtehen ſolle[46]). Nam rei ſuae neque precarium neque conductio conſiſtere poteſt[47]); oder b) auf eine ſolche Art, daß blos der Rückfall des Eigenthums auf den Fall verabredet wird, da der Käufer inſolvent werden ſollte. Gewöhnlich nehmen die heutigen Rechtsgelehrten nur entweder den einen oder den andern Fall in ihren Begriff auf[48]). Allein warum ſollte man

44) *§. 41. in fin. I. de rer. diviſ.*

45) *L. 20. D. de precario.* Ea, quae diſtracta ſunt, *ut precario penes emtorem eſſent, quoad pretium univerſum perſolveretur,* ſi per emtorem ſtetit, quominus perſolveretur, venditorem poſſe conſequi.

46) *L. 16. D. de peric. et comm. rei vend.* Servi emtor, ſi eum *conductum* rogavit, *donec pretium ſolveret,* nihil per eum ſervum adquirere poterit: *quoniam non videtur traditus is, cuius poſſeſſio per locationem retinetur a venditore.* Man vergleiche noch *L. 20. §. ult. et L. 21. D. Locati.*

47) *L. 45. pr. D. de div. reg. iur. L. 4. §. 3. D. de precario. L. 20. Cod. de locat.*

48) Nach dem erſten Fall definiren WAHL cit. Diſſ. §. 20. MADIHN Princip. iur. Rom. P. II. §. 186. Dabelow Handbuch des heutigen Röm. deutſch. Privatrechts 2. Th. 2. Abth. §. 1309. Höpf-

man denn nicht beyde Fälle verbinden können, da es ja hier lediglich auf die Uebereinkunft der Contrahenten ankommt, indem das Röm. Recht keinen beſtimmten Begriff giebt [49])? Der Unterſchied beſteht übrigens darin, daß in dem letzten Falle der Vertrag ein Reſolutivvertrag iſt. Das Eigenthum der Sache geht daher auf den Käufer über. Der Käufer kann folglich, dieſes Vertrags ungeachtet, die Sache benutzen, kann ſich den gefundenen Schatz zueignen, ihm ſteht auch das Vindicationsrecht zu, dagegen ſchadet aber auch dem Käufer der zufällige Untergang der Sache [50]). Denn die Gefahr geht, wie unten vor-

Höpfner Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen §. 873. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. T. III. §. 1967. und Heinr. Ernſt Ferd. Bolley Lehre von öffentlichen Unterpfändern. §. 51. Not. c. S. 85. Nach dem letztern HERT cit. Diſſ. §. 7. SCHAUMBURG Comp. iur. Dig. h. t. §. 18. Thibaut Syſt. des P. R. 2. B. §. 955. GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviſſ. T. II. §. 1063 und Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 499. Not. 2.

49) Man ſtreitet ſich darüber, ob dieſer Vertrag den Römern bekannt geweſen ſey? Namentlich kommt er freylich in dem Röm. Geſetzbuche nicht vor. Allein daß er den Römern ganz unbekannt geweſen, und blos eine Erfindung der Teutſchen ſey, wie SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exercit. XXX. §. 56. behaupten will, iſt unrichtig. Das Gegentheil beweiſen die Not. 45. u. 46. angeführten Geſetzſtellen, wie auch WAHL cit. Diſſ. §. 21. 22. et 23 gezeigt hat. Ueber die zweyte Art dieſes Vertrags findet ſich freylich kein Geſetz des Röm. Rechts. Allein auch dieſe iſt wenigſtens der Analogie deſſelben keinesweges entgegen.

50) S. HERT cit. Diſſ. §. 7. 13. et 14. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 18 lit. c.

vorkommen wird, auf den Käufer über, ſobald der Contract zur Perfection gediehen iſt[51]). Ganz anders iſt die Wirkung dieſes Vertrags in dem erſten Falle. Hier hängt die Erwerbung des Eigenthums von der ſuſpenſiven Bedingung der Bezahlung des Kaufgeldes ab. Der Käufer benutzt hier blos die ihm übergebene Sache bis zur völligen Berichtigung des Kaufpreiſes, und zwar, nach Maasgabe der getroffenen Uebereinkunft, entweder als ein Prekarium, oder als Pächter. Der Verkäufer behält hingegen alle Rechte des Eigenthums bis zur Exiſtenz der Bedingung[52]). Ihm ſteht daher auch das Vindicationsrecht zu. Er trägt hier aber auch nach der Meinung vieler Rechtsgelehrten[53]) die Gefahr der Sache, obwohl andere[54]) richtiger unterſcheiden, ob die Perfection des Contracts, oder nur die Vollziehung deſſelben von der Bezahlung des Kaufgeldes abhängig gemacht worden iſt, indem, wenn das letztere iſt,

51) *§. 3. I. h. t.*

52) WAHL cit. Diſſ. §. 41.

53) GROTIUS de iure belli et pacis Lib. II. cap. 12. §. 15. CARPZOV Reſponſor. iuris Lib. I. Reſp. 108. SCHILTER Prax. iur. iur. Rom. Exercit. XXX. §. 57. THOMASIUS ad *Huberi* Praelect. iur. civ. h. t. §. 12. BOEHMER Introduct. in ius Dig. h. t. §. 31. und *Wilh. Frid.* LINK Diſſ. de rei ſub pacto reſervati dominii venditae periculo. *Altorfii 1748.*

54) WAHL Diſſ. §. 33. 37. 38. et 45. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. Lib. XVIII. Tit. 3. §. 25. et 26. SCHOEPFER Diſſ. de dominio a venditore reſervato. Cap. III. Sect. 3. STRYK Uſ. mod. Pandect. Lib. XVIII. Tit. 6. §. 2. et de cautelis contract. Sect. II. cap. VIII. §. 25. Gebrüder Overbeck Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien 1. B. Medit. 53. und WALCH Introduct. in controverſ. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. membr. IV. § 17.

iſt, die Gefahr allerdings auf den Käufer übergeht, weil der Vorbehalt des Eigenthums dem Weſen des Contracts nicht ſchadet. Uebrigens äuſſert ſich der Nutzen dieſes Vertrags, er mag nun auf die eine oder andere Art geſchloſſen worden ſeyn, vorzüglich dann, wenn über das Vermögen des Käufers ein Concurs entſteht. Hier ſteht dem Verkäufer ein Separationsrecht zu, vermöge deſſen er ſich in den Concurs gar nicht einzulaſſen braucht, ſondern mittelſt der rei vindicatio verlangen kann, daß ihm die noch in der Concursmaſſe vorhandene Sache zurückgegeben werde, weil die Eröfnung des Concurſes beweißt, daß der Käufer inſolvent ſey[55]. Da jedoch der Verkäufer ſich das Eigenthum der Sache oder den Rückfall deſſelben blos zur Sicherheit des Kaufgeldes vorbehalten hat, ſo ſteht es den Gläubigern oder dem Curator des Concurſes allerdings frey, durch Bezahlung des Kaufgeldes die Zurückgabe der verkauften Sache zu vermeiden, und die Sache für die Maſſe zu erhalten, wenn vielleicht bey dem öffentlichen Verkaufe der Güter durch erlösten höhern Werth derſelben für die Concursmaſſe ein Gewinn zu machen ſeyn ſollte[56]. Denn auch der Käufer würde durch befriedigende Zahlung die actio venditi von ſich haben abwenden können[57]. Soll jedoch dieſer Vertrag den

55) S. *Chriſt. Gottl.* GMELIN Diſſ. de iure ſeparationis, quod exorto ſuper bonis emtoris concurſu venditori in re vendita competit. *Tubingae 1799.* §. 27. et 28.

56) HERTIUS cit. Diſſ. Sect. I. §. 10. WAHL cit. Diſſ. §. 48. in fin. und von Gmelin Ordnung der Gläubiger bey dem Gantproceße. Kap. 2. §. 51. (Stuttgard u. Tübing. 1813.)

57) GMELIN cit. Diſſ. §. 26.

den ihm beygelegten Vortheil gewähren, ſo iſt ſchlechterdings nothwendig, daß der Vorbehalt des Eigenthums geſchehen ſeyn müſſe, ehe noch der Kauf durch die Uebergabe vollzogen war. Denn iſt das Eigenthum einmal auf den Käufer übertragen, ſo wird der Verkäufer das, was er nicht mehr hat, ſich nun vergebens vorbehalten [58]). Zwar von gleichem Zwecke, aber doch verſchieden von jenem Vertrage iſt V. der Vorbehalt einer Hypothek auf der verkauften Sache bis zur gänzlichen Bezahlung des Kaufgeldes [59]). Denn da man auf ſeiner eigenen Sache

58) WAHL cit. Diſſ. §. 32. und GMELIN cit. Diſſ. §. 25.

59) Dieſer Vertrag iſt in der *L. 1. §. 4. D. de reb. eor. qui ſub tutela vel cura ſunt* gegründet. Nur wenn der Käufer noch minderjährig iſt, gilt er nicht ohne obrigkeitliche Beſtätigung. Ulpian ſagt nämlich: Si minor viginti quinque annis emit praedia, *ut quoad pretium ſolveret, eſſent pignori obligata venditori*: non puto pignus valere. Nam ubi dominium quaeſitum eſt minori, coepit non poſſe obligari. Paulus *L. 2. D. eodem* fügt noch hinzu: Sed hic videtur illud movere, quod cum dominio pignus quaeſitum eſt, et ab initio obligatio inhaeſit. Quod ſi a fiſco emerit, nec dubitatio eſt, quin ius pignoris ſalvum ſit. Si igitur talis ſpecies in privato venditore inciderit, Imperiali beneficio opus eſt, ut ex Reſcripto pignus confirmetur. Paulus macht hier einen doppelten Einwand, wie POTHIER in Pandect. Iuſtinian. Tom. II. Lib. XXVII. Tit. 9. Nr. VI. not. h. et i. pag. 161. ganz richtig bemerkt. Erſtens, wenn ſich der Verkäufer ein Pfandrecht vorbehielt, ſo iſt ja daſſelbe nicht erſt beſtellet worden, nachdem die Sache Eigenthum des minderjährigen Käufers geworden iſt; ſondern es haftete vermöge des geſchehenen Vorbehalts ſchon in dem Augenblick der Erwerbung des Eigenthums auf der Sache, und ging mit der Sache auf den Erwerber derſelben über. Zweytens wenn der Minderjährige die Sache von dem Fis-

Sache kein Pfandrecht haben kann[60]); ſo ſchließt dieſer Vertrag den Vorbehalt des Eigenthums aus, er ſetzt vielmehr die Uebertragung des Eigenthums an den Käufer voraus[61]). Dem Verkäufer iſt alſo hier nicht ſo, wie bey jenem Vertrage, im Falle eines ausgebrochenen Concurſes über das Vermögen des Käufers, ein Vindicationsrecht geſtattet[62]). Jedoch wird ihm von den meiſten Rechtsgelehrten[63]) ein Quaſi-Separationsrecht zugeſtanden, wenn er ſich die Hypothek entweder gleich beym Verkaufe, oder wenigſtens noch bey der Uebergabe

der

Fiskus gekauft hätte, ſo würde Niemand zweifeln, daß das Pfandrecht gültig ſey. Dem allen ohngeachtet, ſagt Paulus, tritt hier ein ganz anderes Verhältniß ein, wenn der Verkäufer eine Privatperſon iſt. Denn dem Fiskus ſteht ein Pfandrecht ſchon nach den Geſetzen zu. Allein der Vorbehalt der Hypothek iſt anders nicht gültig, als wenn der Regent das Pfandrecht beſtätiget.

60) *L. 45. pr. D. de div. reg. iur.*

61) S. MYLIUS Diſſ. de reſervatione hypothecae a venditore in ſecuritatem pretii reſidui. §. 31. Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 51. Unrichtig vermiſcht WAHL cit. Diſſ. §. 35. ſqq. beyde Verträge.

62) *Io. Nepom.* ENDRES Diſſ. de privilegio hypothecae iudicialis a venditore in re vendita reſervatae moto concurſu. *Wirceburgi 1774.* §. 14—21.

63) VOET Comm. ad Pand. Lib. XX. Tit. 4. §. 18. HERTIUS Diſſ. de reſervat. dominii vel hypothecae in re vendita. Sect. II. §. 11. ERXLEBEN de iure pignorum. §. 215. ENDRES cit. Diſſ., §. 26. ſqq. Chriſtph. Chriſt. Dabelow ausführl. Entwickelung der Lehre vom Concurſe der Gläubiger. Kap 12. S. 351. f. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. II. §. 1210. nr. IV. u. a. m.

der verkauften Sache vorbehielt, vermöge welchen er vor allen und jeden, auch ältern, wenn gleich noch ſo privilegirten Gläubigern des Käufers den Vorzug hat. In der Praxis iſt auch dieſe Meinung unbeſtritten angenommen [64]); nur in der Theorie iſt ſie nicht auſſer Widerſpruch, weil ihr entgegen zu ſtehen ſcheint, daß der Verkäufer, der auf ſeiner eigenen Sache kein Pfandrecht haben kann, auf der verkauften Sache nicht eher ein Pfandrecht erwirbt, als wenn durch die Uebergabe das Eigenthum auf den Käufer übergegangen iſt [65]). Man behauptet daher, daß man dem Verkäufer, nach der Analogie eines Anleihers, der zum Erkauf einer Sache Geld dargeliehen, und ſich eine Hypothek vorbehalten hat [66]), blos ein conventionelles privilegirtes Pfandrecht geſtatten könne, und dieſes auch nur dann, wenn die Sache ein Schiff, oder ein Grundſtück iſt [67]). Es läßt ſich indeſſen die Meinung der Praxis wohl rechtfertigen. Denn wenn es gleich an ſich richtig iſt, daß ich auf meiner eigenen Sache kein Pfandrecht haben kann, ſo kann ich mir doch auf den Fall, da dieſe Sache das Eigenthum eines Andern zu werden anfängt, eine Hypothek mit der Wirkung vorbehalten, daß dieſer nun das Eigenthum anders nicht, als mit einer Hypothek be-

64) MEVIUS Tom. II. P. VI. Decіſ. 193. CARPZOV P. I. Conſt. 28. Def. 20. nr. 4. BRUNNEMANN Proceſſ. concurſ. creditor. Cap. V. §. 13. Ludovici Concursproceß. Hptſt. XI. §. 5. *Frid. Eſ. a* PUFENDORF Obſervat. iur. univ. Tom. I. Obſ. 212.

65) *L. 1. §. 4. L. 2. D. de reb. eor. qui ſub tut. vel cura ſunt.*

66) *L. 7. Cod. Qui potior. in pign. Nov. 97. cap. 3. L. 12. Cod. de diſtract. pignor.*

67) Thibaut Syſt. des Pand. R. 2. Band §. 655. a. E.

beſchwert, erwirbt. **Paulus**[68]) ſagt von einem ſolchen Vorbehalt: Cum dominio pignus quaeſitum eſt, et *ab initio* obligatio inhaeſit ſc. rei emtae. Nun habe ich aber vermöge dieſes Vorbehalts das Eigenthum meiner Sache unter keiner andern Bedingung auf den Käufer übertragen wollen, als um in Anſehung derſelben wegen meiner Forderung allen andern Gläubigern des Käufers vorzugehen[69]). Ein inſonderheit dem Käufer ſehr vortheilhafter Nebenvertrag iſt VI. das *conſtitutum* oder *pactum conſtituti poſſeſſorii*. Es wird dieſer Vertrag beſonders in dem Falle angehängt, da die Sache nicht ſogleich tradirt wird, und vermöge deſſelben verabredet, daß der Verkäufer von der Zeit an, da der Kauf zu Stande gekommen iſt, die Sache nicht mehr in eigenem Namen, ſondern auf den Namen des Käufers beſitzen wolle[70]). Es beruhet dieſer Vertrag auf dem Grundſatz des Römiſchen Rechts, daß durch das bloße Wollen des Eigenthümers der juriſtiſche Beſitz in eine Detention verwandelt, und der Beſitz auch durch Mittelsperſonen erworben werden könne[71]), welcher ſchon an einem andern Orte[72]) vorgekommen iſt, wo von dem conſtituto poſſeſſorio überhaupt gehandelt wurde. Das pactum conſtituti poſſeſſorii ſetzt alſo I. auf Seiten des Conſtituenten immer voraus, daß er den juriſtiſchen Beſitz der Sache bisher gehabt habe, und ſolchen auf einen Andern übertragen wolle, auf deſſen Namen er die Sache von nun an detinirt. Es läßt ſich daher nicht wohl

68) *L. 2. D. de reb. eor. qui ſub tut.*

69) *L. 48. D. de pact. L. ult. in fin. Cod. de pact. inter emt. et vendit.* HUBER Praelect. in Pand. Lib. XX. Tit. 4. §. 26.

70) S. *Pet.* MÜLLER Diſſ. de conſtituto poſſeſſorio. *Ienae 1689.* Cap. I. §. 4. *Car. Gottl.* KOCH Diſſ. de natura et effectu conſtituti poſſeſſorii, praeſ. *Io. Chriſtph.* SPITZ def. *Erfordiae 1751.* §. 2. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VII. Specim. CCCCXLV. medit. 4—6. Ge. Lud. Böhmers auserleſene Rechtsfälle. 1. B. 2. Abth. Reſp. 65. nr. 15. S. 505. f. von Savigny Recht des Beſitzes §. 27. S. 307. ff.

71) *L. 18. pr. D. de acquir. poſſeſſ. L. 13. pr. D. de acquir. rer. dom.*

72) S. den 8. Th. dieſes Commentars §. 581. S. 106. ff.

wohl mit der Natur des Conſtitutum vereinigen, wenn man ſagt, es ſey der Vertrag, wodurch der Käufer ſich verbindlich macht, die ihm verkaufte und übergebene Sache bis dahin, da das Kaufgeld völlig bezahlt ſeyn wird, nicht in ſeinem, ſondern in des Verkäufers Namen beſitzen zu wollen [73]). Dieſer Vertrag, welcher dem Verkäufer zum Vortheil gereicht, iſt offenbar ein ſtillſchweigender Vorbehalt des Eigenthums, aber kein *conſtitutum*. II. Das pactum conſtituti poſſeſſorii kann, wie auch ſchon oben bemerkt wurde, ſowohl ausdrücklich als ſtillſchweigend geſchloſſen werden, z. B. wenn verabredet wird, daß der Verkäufer die Sache als Pächter oder Miethsmann behalten ſolle [74]). III. Die Wirkung dieſes Vertrags beſteht darin, daß der Käufer dadurch, ohne alles körperliche Handeln auf die Sache ſelbſt, Eigenthum und Beſitz erhält, eben ſo, als wenn ihm die Sache wirklich übergeben worden wäre; dahingegen dem Verkäufer die bloße Detention verbleibt. Der Verkäufer kann alſo nun die Sache keinem Andern weiter verkaufen; der Käufer kann ſich hingegen nicht nur der Reivindication gegen jeden dritten Beſitzer, ſondern auch der poſſeſſoriſchen Rechtsmittel ſowohl gegen den Verkäufer ſelbſt, als gegen Andere bedienen [75]).

73) S. MADIHN Princip. iuris Rom. P. II. §. 186. nr. V.

74) *L. 75. D. h. t.* Qui fundum vendidit, *ut eum certa mercede conductum habeat*, vel ſimile aliquid paciſcatur, ad complendum id, quod pepigerunt, *ex vendito* agere poterit. S. *Ioſ.* FINESTRES Hermogenianus ad h. L. §. 3. et 4. pag. 451.

75) S. MÜLLER cit. Diſſ. Cap. V. §. 4. et 9. und HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 770.

Verbeſſerungen.

S. 35. Z. 12. iſt ſtatt verbindlich, **unverbindlich** zu leſen.

S. 104. Not. 6. iſt Statt LUDOLF Obſervat. P. III. Obſ. 245. zu ſetzen MEVIUS Deciſion. Tom. I. P. II. Deciſ. 196. et T. II. P. VII. Deciſ. 373. et 374.

S. 213. Not. 5. Z. 5. iſt ſtatt acquiſitione, *acquiſitivae* zu leſen.

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Glück, Christian Friedrich <<
von>>, / Hellfeld, Johann August,

Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein
Commentar für meine Zuhörer

Bd.: 16,1

Erlangen (1814)

J.rom.c. 137-16,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565403-4
VD18 90225104